

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI

**SUPREMA (IN)DEPENDÊNCIA:
MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

CURITIBA
2016

SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI

**SUPREMA (IN)DEPENDÊNCIA:
MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração Direitos Humanos e Democracia, Linha de Pesquisa Cidadania e Inclusão Social, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio.

CURITIBA

2016

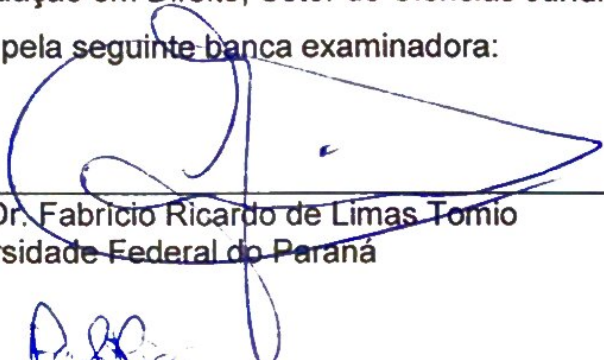
TERMO DE APROVAÇÃO

SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI


SUPREMA (IN)DEPENDÊNCIA: MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador:



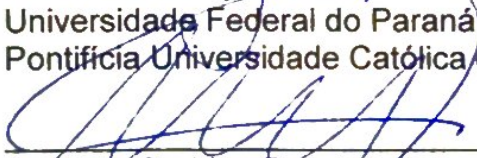
Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Lima Tomio
Universidade Federal do Paraná




Prof. Dr. Paolo Ricci
Universidade de São Paulo



Profa. Dra. Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná
Pontifícia Universidade Católica do Paraná



Prof. Dr. Rodrigo Rossi Horochovski
Universidade Federal do Paraná



Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Rodrigo Kanayama
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 19 de agosto de 2016.

TERMO DE APROVAÇÃO

SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI

**SUPREMA (IN)DEPENDÊNCIA:
MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Paolo Ricci
Universidade de São Paulo

Profª. Dra. Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Rodrigo Rossi Horochovski
Universidade Federal do Paraná

Profª. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Rodrigo Kanayama
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 19 de agosto de 2016.

Para meus amores, Priscila e Pedro Luís.

AGRADECIMENTOS

*“Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar (...)”*

Este trabalho foi fruto de um longo trajeto, percorrendo trilhas sinuosas em um campo desconhecido, como ilustram as palavras de Antonio Machado. Foram necessários momentos de reclusão, para tatear o chão antes de pisá-lo. Entretanto, tal reclusão não se confundiu com autossuficiência. Muitos foram indispensáveis para que este resultado fosse alcançado, com quem gostaria de dividir o reconhecimento pela obra. Portanto, peço licença para tecer uma longa lista em homenagem àqueles que, de alguma forma, me guiaram nesta jornada.

Primeiramente, agradeço a Deus pela elegância de seus atos ao longo da minha vida. O primeiro deles foi ter me proporcionado uma família amorosa, de muito afeto e suporte para os estudos. Agradeço meus pais pelo exemplo, pelas longas conversas, recortes de jornais e artigos sobre os meus temas de estudo e pela gentil leitura do manuscrito, bem como pelo suporte de Paulo e Marilene. Recebi muito afeto de meus irmãos e cunhados Cláudio, Érica, Guilherme, Marissol, Berenice e Vinícius, Marcel, Camila e Daniel, nos quais me espelho e que muito me orgulham. Tive a felicidade de vir por último e receber suas influências, o que me facilitou (e muito) para percorrer meu rumo. Agradeço ainda pela paciência de meus sobrinhos Noemi, Gabriel, Laura, Letícia, Melanie e Oliver que saberão um dia perdoar minhas ausências.

Fui acolhido na faculdade de Direito da UFPR como uma segunda família. Ao longo dos últimos 15 anos tive o prazer de conviver e ser inspirado pela sabedoria de muitos professores e professoras, dentre os quais gostaria de destacar as orientações especiais de Vera Karam de Chueiri, de quem tive a honra de ser monitor; Cesar Serbena, que me orientou no programa de iniciação científica; Celso Ludwig, que me convidou a participar do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL), ainda antes de meu ingresso no programa de Pós-graduação. Já na Pós-graduação, foram determinantes os encontros com os profs. Katya Kozicki, Luís Fernando Lopes Pereira, Egon Bockmann Moreira e Rodrigo Xavier Leonardo. Aos amigos e profs. Rodrigo Kanayama e Ilton Robl Filho, agradeço pela companhia em congressos e pelas ideias e trabalhos inspiradores. Devo agradecer novamente e especialmente às professoras Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki, bem como ao prof. Bruno

Lorenzetto, que viabilizaram a vinda à Curitiba do prof. Kendall Thomas para ministrar curso pela Escola de Altos Estudos da CAPES.

Aos amigos do programa de pós-graduação da UFPR, em especial Tiago Gagliano Pinto Alberto, Gui Santander, Heloísa Câmara e João Paulo Capelotti, pelos múltiplos encontros para discutir nossas teses! Devo grande parte da pesquisa ao Marcelo Biehl Ortolan, Fernando Santos de Camargo, Galanni Dorado de Oliveira e demais integrantes do Núcleo de Estudos de Direito e Política (DIRPOL) da UFPR, pelos debates e pela magnífica base de dados sobre o STF.

Parte considerável deste trabalho foi desenvolvida na *Georgetown University*, que me recebeu tão prontamente como pesquisador visitante sob a orientação da profa. Diana Kapiszewski. O rigoroso inverno foi suportável graças à companhia de David Myles, Margaret Goehring e também de Eric e Elsa, que me receberam em sua casa. Cabe aqui relatar uma curiosidade: em uma das visitas à *Library of Congress*, biblioteca indispensável na leitura dos livros raros, estava no guarda-volumes para pegar o casaco de inverno quando ouço me chamarem pelo nome, em português – e sem sotaque! Era o João Paulo Capelotti, amigo e colega do programa de doutorado, que também estava passando o tenebroso inverno enfiado nas bibliotecas de Washington. Passamos a frequentar a biblioteca lado a lado, o que tornou mais leve o fardo e a solidão da pesquisa.

Devo agradecimentos também à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF em especial à Amanda Ferreira, pela gentileza do auxílio e ao Serviço de Informações da Advocacia-Geral da União. Ainda, devo agradecimentos aos amigos desolados de Rondônia pelo período de exílio forçado, em especial ao Paulo Firmeza, que me apresentou à Fabíola Araújo que gentilmente me explicou como a AGU tratava questões de interesse dos governos, dando valiosos *insights* sobre como mensurar isso no STF.

A vida não seria suportável sem a companhia fiel dos queridos Vanessa, Guilherme, Juliane, Daniel, Dani, Gustavo, Anne, Gui, David, Talita e Daniel, que me ajudaram a suportar o fardo, tornando-o mais leve. Da mesma forma, não posso deixar de mencionar a amizade de Karine e João Carlos (Pretto), Rodrigo e Elisa, que dotaram de sentido a vida no Sudoeste. Agradeço aos “patoamigos” pela

paciência nas minhas ideias fixas e, especialmente, pelo artigo com o Rodrigo (que um dia sairá!) e pelo debate de ideias com o Pretto.

Aos meus amigos do IFPR que incentivaram meu trabalho, agradeço em especial Katyuscia Soznowski, Vera de Azambuja, Izabel da Silva, Lígia Fraga, Tatiane Boligon, Thiana Cella, Fernanda Ribeiro, Micheli Schmidt, Jucilene Stunpf, Elisandra Turra e Leomara Battisti, bem como Isaías da Luz Filho, Marco A. Durigan, Paulo Piassa, Eduardo Bischof, Paulo Fortes, Lucas Colferai, Daniel Vandresen, Sílvio Weber e Evandro Leonardi, que me relembram no convívio diário que uma educação de qualidade se faz com dedicação e respeito.

As primeiras observações sobre as decisões do STF foram incentivadas pelo Dr. Vicente Magalhães e pela Dra. Ana Carolina Lopes Olsen, com quem tive a honra de muito aprender. Devo muito a ambos, assim como a D. Eliana, Carol, Dudu e Priscilla pelas profícuas e acaloradas discussões no cafezinho.

Nesta longa caminhada acadêmica, tive o suporte e companheirismo de Gabriel Schulman, Ivan Furmann e Cauê Kruger, que me ensinaram no convívio e no exemplo que a pesquisa se faz com perseverança, excelência e engajamento.

Devo agradecer também aos professores que estiveram presentes na minha banca de qualificação, profa. Kátia Kozicki, prof. Rodrigo Rossi Horochovski e profa. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, cujas sugestões foram fundamentais para o amadurecimento da tese.

De maneira especialíssima, agradeço ao prof. Dr. Fabrício Tomio, orientador desde o mestrado, que me acolheu de braços abertos. Além de me apresentar o universo da ciência política e me municiar com os instrumentos de pesquisa das ciências sociais, teve a gentileza de me orientar à distância durante grande parte da pesquisa. Se não fosse a sua orientação, esse trabalho não existiria.

Por fim, dedico este trabalho à minha amada Priscila, por seu apoio indispensável, paciência inesgotável e sabedoria incontestável – em especial pela revisão e comentários finais. Estendo a dedicatória ao Pedro Luís que, espero, encontrará um lar tão amoroso quanto o que recebi!

Esta sessão é demasiada curta para dar crédito e agradecer a todos os que me auxiliaram de alguma forma. Peço que me perdoem pelas omissões.

Sou imensamente grato. A todos, muito obrigado!

Confira, tudo o que respira... conspira.
Paulo Leminski

*Tout ce qui est intéressant ce passe dans l'ombre...
On ne sait rien de la véritable histoire des hommes.*
Louis Ferdinand Céline

RESUMO

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal recebeu novas atribuições institucionais que aumentaram sua relevância e o alcance de suas decisões. Via de consequência, a Corte também passou a gozar de maior exposição midiática em novos meios de comunicação com o público e também com a divulgação de decisões que impactavam na vida política nacional. Esta tese pretende contribuir para o debate sobre os mecanismos da relação entre o Supremo Tribunal Federal e os governos, apresentando as discussões em torno das categorias usualmente utilizadas no debate (e.g.: judicialização e ativismo judicial) e os principais modelos descritivos do comportamento judicial encontrados na literatura estrangeira. Ainda, discutem-se alguns aspectos das modificações em torno da imagem pública do STF nas últimas décadas. Finalmente, por meio de uma pesquisa empírica sobre as decisões do STF no controle abstrato de constitucionalidade sob os governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC, 1995-2002) e Luís Inácio Lula da Silva (Lula, 2003-2010), a presente tese propõe que há uma convergência entre os interesses dos governos e as decisões do STF, sendo que a Corte levaria em consideração – de modo estratégico – o interesse do governo em exercício no momento da decisão, independentemente de qual tenha sido a origem política da indicação dos ministros integrantes da corte. Entretanto, algumas questões são sensíveis: qual é a influência efetiva do governo sobre o processo decisório? O STF veta decisões dos atores políticos indistintamente ou suporta as decisões das coalizões de governo? A popularidade do governo guarda alguma relação com o controle abstrato de constitucionalidade? Para responder tais questões, o presente trabalho busca verificar se estes vetores de força externos à Corte têm poder explicativo sobre o resultado do controle de constitucionalidade. A base de dados é composta por decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas (em sede de liminar ou de forma definitiva) pelo STF no período compreendido entre os governos FHC (1995-2002) e Lula (2003-2010), selecionando decisões relacionadas à legislação de competência da União e ainda criando um *proxy* para identificar o especial interesse do governo em um determinado resultado para o julgamento. O estudo pretende verificar a validade empírica de três hipóteses sobre a relação entre cortes constitucionais e governos: 1) ministros nomeados por determinado presidente são levados a dar suporte ao primeiro e a se opor a políticas capitaneadas por um sucessor de outra corrente política; 2) independentemente de governo, cortes constitucionais teriam tendência a dar suporte às preferências da atual coalizão de governo; 3) cortes constitucionais tendem a contrariar a vontade dos governos quando estes passam por um momento de baixa popularidade. Os resultados parecem refutar a primeira hipótese, confirmando, ainda que parcialmente, a segunda e terceira hipóteses. Em síntese, os ministros do STF tendem a decidir de forma favorável aos interesses dos governos no momento da decisão, independentemente de quem os tenha nomeado. Ainda, a Corte parece agir de forma estratégica para atuar de forma mais independente em momentos de baixa popularidade dos governos.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Instituições Políticas; Controle Abstrato de Constitucionalidade; Governos; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

Since Brazil's 1988 Constitution, the Brazilian Supreme Court (STF) has received new institutional duties which increased its relevance and also broadened the scope of its decisions. In consequence, the court also began to enjoy greater media exposure and handed decisions that had great impact on national politics. This study aims to contribute to the debate on mechanisms of the relationship between the Brazilian Supreme Court and governments. First, categories commonly used in the debate are discussed (e.g. Judicialization and judicial activism), as well as the main descriptive models of judicial behavior. Then, some aspects of the public image of the Supreme Court and its change in recent decades are presented. Finally, going through Brazilian Supreme Court judicial reviews rulings under the FHC and Lula governments (1995-2010), this thesis proposes that there is a convergence between government interests and Supreme Court decisions. The empirical data shows that the court takes into consideration - strategically - both political interest and government approval rates. However, some issues are sensitive: what would be the government's influence on the decision-making process? Does the STF strikes down decisions of any political actors? Does it support the decisions of the government in office? Does public opinion have influence on judicial review rulings? Seeking to find answers for these questions we tried to measure how these "external forces" can influence judicial review outcomes. The database used consists of judicial review rulings handed by the STF under two presidents, Fernando Henrique Cardoso (served two terms, from 1995 to 2002) and Luis Inacio Lula da Silva (who also served twice, from 2003 to 2010). Decisions were selected among those settling disputes on federal law and also among those with special governmental interest. In order to identify government interests, we used as a proxy the attorney general speeches at the STF's bench. The study aims to verify the empirical validity of three hypotheses about the relationship between constitutional courts, governments and public opinion: 1) Justices appointed by certain president would be driven to support the former and oppose captained policies for a successor of another political group; 2) independently of government, constitutional courts would tend to support the preferences of the current government; 3) constitutional courts are more likely to go against government interests when government lacks popularity. The results seem to refute the first hypothesis, confirming, albeit partially, the second and third hypotheses. In short, STF justices tend to decide favorably to the interests of governments at the time of the decision, regardless of who nominated them. Still, the court seems to act strategically to gain independence during times of low governmental approval rates.

KEYWORDS: Brazilian Supreme Court; Political Institutions; Judicial Review; Governments; Constitutional Law.

RESUMÉ

Depuis la Constitution de 1988 du Brésil, la Cour Suprême Brésilienne (STF) a reçu de nouvelles fonctions institutionnelles qui ont augmenté sa présence politique et qui ont également élargi la portée de ses décisions. En conséquence, le tribunal est devenu l'objet d'une exposition médiatique très importante avec des décisions de grand impact sur la politique nationale. Cette étude espère pouvoir présenter une contribution au débat sur les mécanismes de la relation entre la Cour Suprême et les gouvernements du Brésil. Les catégories couramment utilisées dans le débat sont d'abord présentées (par exemple, la Judicialisation et l'activisme judiciaire), ainsi que les principaux modèles descriptifs du comportement judiciaire, ensuite, certains aspects de l'image publique de la Cour Suprême et de son évolution au fil des dernières décennies. Finalement, faisant l'analyse des décisions rendues par la Cour Suprême du Brésil sous les gouvernements Fernando Henrique Cardoso (FHC, 1995-2002) et Luis Inácio Lula da Silva (Lula, 2003-2010), cette thèse expose une convergence entre les intérêts du gouvernement et les décisions de la Cour Suprême. Les données empiriques montrent que le tribunal prend en considération, de façon stratégique, à la fois l'intérêt politique et les taux d'approbation du gouvernement par le public. Toutefois, certaines questions sont sensibles: quelle serait l'influence du gouvernement sur le processus de décision de la Cour? Est-ce que le STF s'oppose à tous les acteurs politiques, indistinctement? La Cour donne-t-elle plus de soutien aux volontés du gouvernement actuel? Est-ce que l'opinion publique a une influence sur le contrôle de la constitutionnalité des lois? Cherchant les réponses à ces questions, nous avons tenté de mesurer la façon dont ces "forces extérieures" peuvent influencer les décisions. La base de données utilisée est constituée de 990 actions de contrôle de constitutionnalité jugées par le STF sous deux présidents, FHC (sous deux mandats, de 1995 à 2002) et Lula (également au pouvoir à deux reprises, de 2003 à 2010). Pour identifier les intérêts spécifiques du gouvernement dans certaines décisions, nous avons utilisé comme remplacement (*proxy*) la soutenance orale de l'avocat général aux séances du STF. L'étude vise à vérifier la validité empirique de trois hypothèses au sujet de la relation entre les cours constitutionnelles, les gouvernements et l'opinion publique: 1) Les juges nommés par certains présidents seraient poussés à soutenir les intérêts de ceux qui les ont nommés et, par conséquent, s'opposer aux volontés des groupes politiques opposés; 2) indépendamment du gouvernement, les cours constitutionnelles auraient tendance à soutenir les préférences du gouvernement actuel; 3) les cours constitutionnelles sont plus susceptibles de s'opposer aux intérêts du gouvernement lorsque celui-ci manque d'appui et de popularité auprès du public en général. Les résultats semblent réfuter la première hypothèse, et confirment, bien que partiellement, la deuxième et la troisième hypothèses. En bref, les juges STF ont tendance à décider favorablement aux intérêts des gouvernements au pouvoir au moment du jugement, peu importe qui les a nommés à la Cour. Pourtant, le tribunal semble agir de manière stratégique pour faire passer un image publique d'indépendance, profitant surtout des périodes de faibles taux d'approbation gouvernementale.

MOTS-CLÉS: Cour Suprême du Brésil; Institutions politiques; Contrôle de Constitutionnalité; Gouvernements; Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advogado-Geral da União ou Advocacia-Geral da União
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CSJN – *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Corte constitucional da Argentina
EC – Emenda à Constituição
EUA – Estados Unidos da América
MI – Mandado de Injunção
MP – Medida Provisória
MS – Mandado de Segurança
PCdoB – Partido Comunista do Brasil
PGR – Procurador Geral da República ou Procuradoria Geral da República
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSC – Partido Social Cristão
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
PSL – Partido Social Liberal
PT – Partido dos Trabalhadores
RE – Recurso Extraordinário
SCJN – *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Corte constitucional do México
SCOTUS – *Supreme Court of the United States*, Corte constitucional dos EUA
STF – Supremo Tribunal Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E GRÁFICOS

Figura 2.1: Número de vezes em que cada ministro da Suprema Corte norte-americana se posicionou junto com cada colega para compor a minoria vencida, em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940, extraída de Pritchett (1941, p. 894).

Figura 2.2: Frequência com que cada ministro da Suprema Corte norte-americana se posicionou junto com cada colega para compor tanto a minoria vencida quanto a maioria vencedora, em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940, extraída de Pritchett (1941, p. 895).

Figura 2.3: Ministros da Suprema Corte norte-americana e sua distância em relação às opiniões dos colegas em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940, com deviações expressas em porcentagem, extraída de Pritchett (1941, p. 895).

Figura 2.4: Sessões de julgamento do período 1946/47, indicando casos não unânimes e os votos dos ministros de acordo com uma escala de liberalismo político, extraída de Schubert (1965, p. 104).

Figura 2.5: Classificação conjunta de escalas lineares de liberalismo político (C) e liberalismo econômico (E), com a distribuição dos Ministros (suas iniciais) no plano tridimensional, extraída de Schubert (1965, p. 195).

Figura 2.6: Ministros da Suprema Corte nos períodos de 1947 a 1957 relacionados a 3 variáveis sociológicas e a porcentagem de decisões criminais favoráveis aos governos estaduais e federal, extraída de Ulmer (1973, p. 624).

Figura 2.7: Regressão múltipla dos dados da figura 2.6, indicando que as 3 variáveis X1, X2 e X3, em conjunto, têm potencial explicativo de 70% (R^2), extraída de Ulmer (1973, p. 625).

Figura 2.8: Classificação dos ministros da SCOTUS entre conservadores e liberais, de acordo com índice criado a partir de editoriais de jornais publicados entre a indicação pela presidência da república e a nomeação definitiva, após sabatina pelo Senado, extraída de Segal e Cover (1989, p. 560).

Figura 2.9: Ministros da Suprema Corte de 1953 a 1999 indicando seus valores ideológicos (escala de +1 para extremamente liberais a -1 para extremamente conservadores) e seus votos em casos envolvendo liberdades civis, em percentual (quanto maior, mais liberal), extraída de Segal e Spaeth (2002, p. 322).

Figura 2.10: Esquema simplificado do escopo explicativo do modelo atitudinal de comportamento judicial, elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Taylor (2007).

Figura 2.11: Esquema simplificado do escopo explicativo do modelo estratégico de comportamento judicial, elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Taylor (2007).

Figura 2.12: Ministros da Suprema Corte de 1969 a 1985 indicando o número de vezes (percentual) em que mudaram de opinião entre a primeira reunião de julgamento e a decisão final, demonstrando que a mudança é mais frequente quando os ministros se encontravam no grupo com a opinião vencida (grupo minoritário), extraída de Maltzman e Wahlbeck (1996, p. 588).

Figura 2.13: Probabilidade de mudança de voto a partir das 9 hipóteses testadas, extraída de Maltzman e Wahlbeck (1996, p. 589).

Figura 2.14: Esquema simplificado do escopo explicativo do modelo histórico-institucionalista de comportamento judicial, elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Steinmo (2008).

Figura 2.15: Blocos de ministros a partir da origem da nomeação, extraído de Oliveira (2012b, p. 150).

Figura 2.16: Matriz dos índices de similaridade, correspondentes às combinações de Juízes, nas ações não-unânicas (em %), extraído de Oliveira (2012b, p. 148).

Figura 2.17: Grau de coesão dos grupos de ministros, extraído de Oliveira (2012b, p. 151).

Quadro 2.1: Síntese dos estudos sobre comportamento judicial a partir do modelo atitudinal.

Quadro 2.2: Síntese dos estudos sobre comportamento judicial a partir do modelo estratégico (ou institucionalismo da escolha racional).

Quadro 2.3: Estudos sobre comportamento judicial com a abordagem do institucionalismo histórico.

Figura 3.1: Processo da Relação Comunicativa.

Figura 3.2: Ilustração de uma sessão de argumentos orais na Suprema Corte norte-americana.

Figura 3.3: Ex-ministro Joaquim Barbosa como o “Batman do Brasil”, charge por Humberto para o JC (Jornal do Commercio) online, disponível em <www.jconline.ne10.uol.com.br>. Acesso em: 29 nov. 2015.

Figura 3.4: Ex-ministro Joaquim Barbosa associado à figura do Super-Homem, montagem por autor desconhecido.

Figura 3.5: Anúncio de máscara de carnaval com semblante do ex-ministro Joaquim Barbosa.

Tabela 4.1: Volume de processos no STF de 1995 a 2010.

Gráfico 4.1: Volume de processos protocolados, distribuídos e julgados no STF de 1995 a 2010.

Tabela 4.2: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, ajuizadas no STF entre jan. 1995 e dez. 2010.

Gráfico 4.2: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, julgadas no STF entre 1995 e 2010.

Gráfico 4.3: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, julgadas no STF entre 1995 e 2010, com resultados desagregados.

Figura 4.1: Formação da segunda base de dados, ações julgadas pelo STF entre 1995 e 2010.

Tabela 4.3: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, julgadas no STF entre 2001 e 2010 que tiveram sustentação oral do AGU.

Tabela 4.4: Ações levadas a julgamento no STF entre 2001 e 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, por julgamento favorável ou contrário ao governo.

Gráfico 4.4: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2001 e dez. 2002 que tiveram sustentação oral pelo AGU (n=5), classificadas por contrárias ou favoráveis aos interesses do governo FHC. Em destaque, ministros nomeados por FHC.

Gráfico 4.5: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre 2003 e 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU (n=41), classificadas por contra ou favoráveis aos interesses do governo Lula. Em destaque, ministros nomeados por Lula.

Tabela 4.5: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2001 e dez. 2002 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por contrárias ou favoráveis ao interesse dos governos FHC.

Tabela 4.6: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2003 e dez. 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por contrárias ou favoráveis ao interesse dos governos Lula.

Tabela 4.7: Ranking dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2003 e dez. 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificados do menos favorável ao mais favorável aos interesses dos governos Lula.

Tabela 4.8: Ministros nomeados nos governos Lula e as ações nas quais votaram contra os interesses do governo que os nomeou.

Tabela 4.9: Taxa de decisões procedentes do STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade contra legislação federal julgadas no STF de 1995 a 2010, em comparação com índices de rejeição dos governos medidas pelo Datafolha.

Gráfico 4.8: Taxa de procedência das ações de controle abstrato de constitucionalidade relativas a legislação federal julgadas no STF entre 1995 e 2010 em comparação com o índice médio de rejeição dos governos.

Tabela 4.10: Cálculo de r (Pearson) indicando o índice de correlação entre a taxa de decisões procedentes do STF (base 1, 1995 a 2010), em comparação com índices de rejeição dos governos medidas pelo Datafolha.



Ao fundo, o Capitólio, sede do Poder Legislativo norte-americano, visto da Suprema Corte dos EUA (Washington, DC, jan. 2016, acervo pessoal).



Ao fundo, o Palácio do Planalto, sede do Poder Executivo brasileiro, visto do Supremo Tribunal Federal (Brasília, DF, jul. 2014, acervo pessoal).

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
LISTA DE ABREVIATURAS.....	xi
LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E GRÁFICOS.....	xii
INTRODUÇÃO.....	1
1. AS CORTES CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO A GOVERNOS – TENSÕES E DISTENSÕES INSTITUCIONAIS.....	6
1.1 ATIVISMO JUDICIAL: CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	8
1.1.1 Origens: distinguindo entre bons e maus juízes.....	8
1.1.2 Ativismo no Brasil – na fronteira entre Direito e Política.....	15
1.1.3 O ativismo como sintoma de uma patologia.....	20
1.1.4 Um sentido seguro: ativismo para advogados politicamente engajados.....	21
1.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O DESLOCAMENTO DE CONFLITOS POLÍTICOS PARA O JUDICIÁRIO.....	23
1.2.1 O sentido clássico: Expansão do Poder Judicial.....	23
1.2.2 A judicialização como consequência da ampliação de direitos.....	25
1.2.3 Judicialização como resultado do amplo acesso ao Judiciário.....	26
1.2.4 Judicialização da Política: uma expressão ambígua.....	31
1.3 DISTENSÕES INSTITUCIONAIS: COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS À POLÍTICA.....	36
1.3.1 A Justiça como força contramajoritária.....	37
1.3.2 A dificuldade contramajoritária.....	40
1.3.3 O <i>judicial review</i> como atividade política.....	43
1.3.4 Cortes como veto players.....	50
1.3.5 Cortes constitucionais em cooperação com governos.....	54
1.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	55
2. MODELOS EXPLICATIVOS PARA O COMPORTAMENTO JUDICIAL.....	56
2.1 O MODELO ATITUDINAL: CLASSIFICANDO MINISTROS ENTRE LIBERAIS E CONSERVADORES.....	58
2.1.1 Estudo pioneiro do modelo atitudinal: Herman Pritchett, 1948.....	62
2.1.2 Outros estudos atitudinais.....	68

2.2 O MODELO ESTRATÉGICO: DECISÕES COMO RESULTADO DE UMA DINÂMICA DE GRUPO.....	80
2.2.1 Estudo pioneiro do modelo estratégico: Walter F. Murphy, 1962.....	87
2.2.2 Outros estudos do modelo estratégico.....	89
2.3 A ABORDAGEM HISTÓRICO-INSTITUCIONALISTA: O COMPORTAMENTO EXPLICADO PELO CONTEXTO.....	101
2.3.1 Estudo pioneiro do institucionalismo histórico: Edward S. Corwin, 1934	104
2.3.2 Outros estudos do institucionalismo histórico.....	108
2.4 ALGUNS ESTUDOS E MODELOS APLICADOS AO STF.....	112
2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	123
3. O STF E SUA PLATÉIA: DE SUPREMO DESCONHECIDO A POPSTAR.....	126
3.1 DO ANONIMATO À FAMA, UM LONGO CAMINHO.....	129
3.2 O SUPREMO SOB OS HOLOFOTES.....	134
3.3 JULGAMENTOS COMO <i>REALITY SHOW</i>	136
3.4 MENSALÃO: O SUPREMO EM SEU AUGE (NA POPULARIDADE E NA DISCÓRDIA).....	145
3.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	153
4. O STF E SEU SUPORTE AOS GOVERNOS FHC E LULA (1995-2010).....	154
4.1 MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E CORTES CONSTITUCIONAIS.....	154
4.2 MECANISMOS À PROVA NO CASO BRASILEIRO.....	155
4.2.1 O que julgam os ministros?.....	155
4.2.2 Bases de dados.....	159
4.2.3 Ações julgadas no mérito e não-conhecidas: problemas empíricos.....	160
4.2.4 As ações de “interesse” do governo	166
4.2.5 Premissas e hipóteses.....	172
CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
REFERÊNCIAS.....	191
ANEXOS.....	211

INTRODUÇÃO

Aaaah, meu bom juiz
Não bata este martelo nem dê a sentença
Antes de ouvir o que o meu samba diz..
(Bezerra da Silva, 1986)

O presente trabalho se equilibra em um terreno instável, permeado por paixões partidárias e ideias pré-concebidas sobre a retidão do comportamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Não é raro que o debate em torno das decisões do STF seja polarizado, com argumentos de justificação em defesa de uma posição tomada *a priori* pela simpatia ou antipatia com relação à última decisão da Corte, como são os debates que enfrentam questões como a judicialização da política e o ativismo judicial. Nessa toada, faço minhas as palavras cantadas por Bezerra da Silva para solicitar aos leitores que deixem de lado suas convicções prévias e passem à leitura do texto sem *parti pris*. Deixem-se levar ao menos pelas primeiras notas da harmonia que se propõe, para que novas cadências possam reverberar em corações abertos rumo às dimensões do papel político do STF.

Nos Estados Unidos do início do século XIX, Alexis de Tocqueville (1835) observara que “*Praticamente nenhuma questão política surge... que não seja resolvida, mais cedo ou mais tarde, como uma questão judicial*”. A dinâmica descrita por Tocqueville marca muitas das democracias constitucionais nas quais cortes independentes estão investidas com os poderes de controle de constitucionalidade. Em tais países, atores políticos, organizações e indivíduos que são imiscuídos em conflitos políticos levam suas querelas ao judiciário, pedindo às cortes que resolvam a questão (HIRSCHL, 2004a e 2006; KAPISZEWSKI *et al.* 2013).

Como resultado, as cortes constitucionais têm atuado como atores versáteis em muitas democracias constitucionais, com juízes e ministros desempenhando múltiplos papéis na política e no controle de políticas públicas, impulsionando uma extensa agenda de pesquisas nos últimos 30 anos (SHAPIRO, 1981, TATE e VALLINDER, 1995; STONE SWEET, 2000; SHAPIRO e STONE SWEET, 2002; FEREJOHN, 2002; SIEDER *et al.*, 2005; HIRSCHL, 2006; WHITTINGTON, 2007).

No Brasil, vários são os estudos empíricos sobre o STF com este enfoque. Já há dados disponíveis para indicar que: **a)** o STF tem uma enorme carga processual (VIANNA *et al.*, 1999; VIEIRA, 2008; CARVALHO, 2010); **b)** o STF tende a decidir monocraticamente praticamente 90% dos processos que recebe (VIEIRA, 2008; VERÍSSIMO, 2008); **c)** os autores de maior sucesso para obter procedência de suas ações são os Governadores de Estado (CAMARGO, 2014, POGREBINSCHI, 2012) e as entidades jurídicas (e.g.: Ordem dos Advogados do Brasil, como demonstrado em CARVALHO, BARBOSA e GOMES NETO, 2014); **d)** os Partidos Políticos da oposição atuam estrategicamente para criar fatos políticos, movendo ações no STF mesmo quando há poucas chances de sucesso (TAYLOR e DA ROS, 2008); **e)** a Corte é zelosa de sua imagem perante a opinião pública (OLIVEIRA, 2012, 2012a, 2012c; CAMPOS MELLO, 2015) e leva em consideração as expectativas do Poder Executivo (CAMPOS MELLO, 2015).

Entretanto, o que não parece suficientemente claro, é se o STF decide consistentemente contra algum governo. Estudos sugerem que o STF tem sido incrementalmente ativista (isto é, teria avançado uma agenda própria), contrariando interesses dos governos ao longo dos últimos 30 anos (VIANNA *et al.*, 1999). Por outro lado, diversos trabalhos empíricos descrevem, em sentido contrário, a deferência do STF aos interesses do governo em face das iniciativas judicializadas pela oposição política aos programas de reforma institucional e econômica dos anos 90 (TAYLOR, 2008; KAPISZEWSKI, 2010 e 2012) e, em linhas gerais, a baixa procedência do número global de ações questionando legislação federal (OLIVEIRA, 2012a; POGREBINSCHI, 2012).

Com suficientes estudos disponíveis que realizam competentes análises dos números gerais do STF, as lacunas existentes para compreender melhor o perfil das decisões do STF demandam uma pesquisa capaz de relacionar de forma confiável os interesses do governo em ações perante o STF. Isso porque, tendo em vista que as ações no STF podem levar de poucos meses a até mais de 10 anos para ser decididas (KAPISZEWSKI, 2012), a simples informação de procedência da ADI é insuficiente para indicar a preferência do governo atual. Na alternância das coalizões no poder, é crível imaginar que um novo governo seja eventualmente favorável à declaração de inconstitucionalidade de uma lei que tenha sido aprovada no tempo

em que os atuais componentes deste governo faziam oposição às políticas do governo anterior. Desta forma, é essencial colher um dado que seja representativo dos interesses de governo no momento da decisão, para contribuir na compreensão mais aprofundada sobre como o STF se relaciona com os governos.

No **primeiro capítulo** são detalhadas as funções que a literatura atribui às cortes constitucionais em estados democráticos, descrevendo as abordagens comumente encontradas sobre as cortes constitucionais, fazendo uma revisão da literatura sobre ativismo judicial, judicialização da política e o papel contramajoritário das cortes, confrontando-as com alguns dos estudos empíricos já realizados sobre o perfil das decisões do STF. O capítulo pretende demonstrar que, à luz do resultado das decisões elaboradas pela Corte, há uma sensível distância entre os rótulos atribuídos ao STF e sua efetiva atuação. É deste ponto que se formula o problema na busca de uma teoria abrangente, que possa descrever de forma consistente o comportamento do STF e colocá-lo à prova nos testes empíricos do capítulo 4.

O **capítulo 2** revisa a literatura sobre os modelos teóricos utilizados para explicar o comportamento judicial no estudo de cortes constitucionais, demonstrando a modificação, ao longo das décadas de pesquisas acadêmicas na análise do comportamento judicial na literatura sobre a Suprema Corte norte-americana e sua adaptação para um modelo aplicável ao STF.

A teoria que se avança é que o STF não pode ser visto fora do contexto político (KAGAN, 2013; GRABER, 1993). Sua função de árbitro nas disputas entre maioria e minorias parlamentares, entre executivo e legislativo e ainda entre indivíduos e Estado, o coloca em uma posição de ator político fundamental na estabilidade do sistema constitucional brasileiro. Justamente por isso, a manutenção de sua credibilidade como árbitro imparcial (SHAPIRO, 1981) dependeria de uma atuação equilibrada, que alternaria entre o suporte e a contrariedade ao governo, em doses proporcionais (KAGAN, 2013).

O **capítulo 3** introduz elementos para compreender a relação do Supremo com o público geral. A partir de um histórico da imagem pública do STF e de sua exposição na mídia, é possível reconstruir o longo caminho pelo qual a Corte interage com sua plateia, ganhando popularidade e reconhecimento público. Nas relações do STF com o governo, o aumento da visibilidade pública do STF –

lentamente planejada até alcançar seu auge, a partir da última década – parece servir como reserva de legitimidade, permitindo-lhe ganhar independência com relação aos interesses do governo, principalmente quando este enfrenta períodos de baixa popularidade.

No capítulo 4 são apresentadas as hipóteses de pesquisa e seus testes a partir dos dados que relacionam o interesse do governo e a exposição na mídia de determinado caso em julgamento no STF. As linhas norteadoras para investigação buscam compreender se: a) o governo (a coalizão ou o Executivo) sinaliza os casos em que tem evidente interesse ao STF e garante que a Corte conheça sua vontade; e b) as razões que levam os ministros a contrariar os interesses sinalizados pelo governo.

Para realizar a investigação, formulamos hipóteses e executamos testes empíricos com duas bases de dados. A primeira contendo ações de controle abstrato de constitucionalidade questionando legislação de competência da União, ajuizadas de janeiro de 1995 a dezembro de 2010. A segunda, apenas com as ações que tiveram sustentação oral por parte da Advocacia Geral da União, contendo o voto individualizado de cada ministro que participou dos julgamentos, buscando verificar se há relação direta entre interesses dos governos FHC e Lula e o apoio dos ministros por eles nomeados. Os dados colhidos demonstraram não ser possível afirmar tal relação, entretanto parecem demonstrar correlação positiva entre o índice de reprovação/rejeição do presidente e a maior probabilidade do STF contrariar interesses do governo.

Finalmente, conclui-se propondo um novo modelo descritivo para a relação entre o STF e os governos.

A hipótese idealizada é a de que o STF pode ser mais bem compreendido como um mecanismo de estabilização do sistema político. Entretanto, sua capacidade de exercer plenamente tal papel depende de uma habilidosa navegação em mares turbulentos para não ser tachado de opositorista e tampouco como mero homologador das vontades do governo – o que já se viu em cortes de países vizinhos, como na Argentina (HELMKE, 2002; KAPISZEWSKI, 2012).

Propõe-se que o STF seja visto como parte integrante de um complexo sistema político e que, portanto, leve em consideração o apoio político

(principalmente do governo) que suas decisões podem angariar. Desta forma, o STF adotaria um modelo decisional equivalente a um balanço tático (KAPISZEWSKI, 2011) para manter sua legitimidade em face dos demais poderes. É essencial, nesse papel, que o STF alterne decisões entre enfrentamento e suporte às decisões de governo. Para verificar tal hipótese, pretende-se demonstrar que não importa qual o governo – ou o presidente que tenha nomeado a maioria dos ministros – esse comportamento deve ser consistente no período entre 1995 e 2010, dezesseis anos em que dois presidentes se alternaram no poder.

Logo, o STF tem a difícil missão de escolher quando vai enfrentar o governo e quando lhe dará suporte. Talvez seja possível demonstrar que busca fazê-lo de forma estratégica, preservando apoio político. Dito de outro modo, a questão mais intrigante está em compreender os fatores que permitem ao STF decidir contrariamente aos interesses do governo sem, entretanto, perder apoio e legitimidade política.

1. CORTES CONSTITUCIONAIS E GOVERNOS – TENSÕES E DISTENSÕES INSTITUCIONAIS

Nós não vemos como velhos senhores do judiciário (...) podem ser permitidos sobrepuem-se para sempre sobre a vontade do povo, tal qual manifestado por meio de seus representantes eleitos nas legislaturas, congresso e presidente.¹

(1936, Editorial do *New York Daily News*, FRIEDMAN, 2009, p. 5).

O voto do STF foi estritamente jurídico. Leu e entendeu a lei em vigor, sem discuti-la. Em consequência reconheceu legal a expulsão do Padre Vito. Assim procedendo, o Supremo brasileiro demonstrou, mais uma vez, a diferença entre qualquer alta corte em regime democrático e os tribunais superiores em autocracias, onde a supremacia do Poder Executivo não conhece limites. A vontade deste sempre se impõe.

(1980, Editorial da *Folha de S. Paulo*, OLIVEIRA, 2004, p. 105).

– Em dois anos o Sr. será o único ministro do STF não indicado por um presidente petista.² Muda alguma coisa na corte?

– Não tenho bola de cristal, é importante que não se converta numa corte bolivariana.

– Como assim?

– Que perca o papel contramajoritário, que venha para cumprir e chancelar o que o governo quer.

(2014, Entrevista do Min. Gilmar Mendes à *Folha de S. Paulo*, CRUZ, 2014).

As frases em epígrafe, publicadas na imprensa em um intervalo de mais de três décadas³ entre si, expressam visões distintas sobre a configuração ideal da relação entre o Poder Judiciário e os detentores de mandato eletivo. Embora manifestadas em contextos diversos⁴, servem para ilustrar que os parâmetros para

¹ Tradução livre do original: "*We do not see how old judicial gentlemen (...) can forever be permitted to override the will of the people as expressed through the people's own elected Legislatures, Congress and President*". (FRIEDMAN, 2009, p. 5).

² Na época da entrevista, concedida em 2014, os Ministros Celso de Mello (indicado ao cargo no STF pelo presidente Sarney) e Marco Aurélio (indicado pelo presidente Collor) se aposentariam compulsoriamente aos 70 anos de idade em 01.11.2015 e 12.07.2016, respectivamente. O cenário foi modificado com a publicação em 07.04.2015 da Emenda Constitucional nº 88 que estendeu a idade máxima para 75 anos, por meio de alterações no inciso II do §1º do art. 40 da Constituição e no art. 100 do ADCT. Com a alteração, não haverá aposentadorias compulsórias de ministros do STF no curso do atual mandato presidencial (2015-2018).

³ Entre a primeira e a segunda publicações decorreram 44 anos; entre esta e a última, 34 anos.

⁴ A primeira delas foi publicada em um dos maiores tabloides norte-americanos do início do século XX. (FRIEDMAN, 2009). A posição externada pelo jornal era em reação à notícia de que mais uma das medidas do *New Deal*, pacote de medidas de estímulo à economia proposto pelo presidente F. D. Roosevelt para combater a crise de 1929, havia sido declarada inconstitucional pela Suprema

avaliar a conduta de cortes constitucionais, quando estas são chamadas a opinar sobre questões que afetam interesses de governos, são fluidos e tendem a se alterar ao sabor da ocasião.

A delicada relação de forças entre cortes constitucionais e governantes eleitos é um assunto sobre o qual há pouco consenso.

No ambiente jurídico, questões que remontam ao próprio debate sobre a existência e os poderes das cortes constitucionais⁵ se transformaram em contendas entre defensores do ativismo judicial e os cultores da autocontenção⁶, divergindo sobre o grau de interferência (ou deferência) dos Tribunais nas escolhas feitas pelos titulares de mandato eletivo.

Adiante propõe-se uma visão panorâmica sobre alguns conceitos da literatura que investigam o papel do Judiciário em contextos democráticos, criando, como se propõe, um cenário de tensões e distensões institucionais que merece maiores investigações. 54

A construção dos tópicos a seguir tem como fio condutor os debates em torno do papel do Poder Judiciário em regimes democráticos e servem para a construção do argumento deste trabalho. Defende-se que as categorias encontradas na literatura (ativismo, autocontenção, judicialização) são insuficientes para descrever a relação entre cortes constitucionais e governos, sendo inadequadas para a investigação que se pretende empreender.

A primeira categoria abordada - o **ativismo judicial** - incorpora em sua definição a subjetividade do observador com relação a aprovação ou reprovação do resultado do julgamento da corte. Como se argumenta adiante, talvez por esta razão tenha se tornado praticamente um adjetivo de demérito para manifestar descontentamento com as cortes após decisões impopulares.

Corte norte-americana. Como trataremos no capítulo seguinte, tal impasse impulsionou grande parte das pesquisas sobre a relação entre o judiciário e governos nos EUA (*judicial politics*). A segunda frase foi retirada da extensa pesquisa de Fabiana Luci de Oliveira (2004) sobre a imagem pública do STF em jornais (Folha de SP e O Estado de SP) e reflete a crítica à passividade do STF com relação aos atos da ditadura militar nos anos 80.

⁵ A própria possibilidade de um tribunal com poderes para declarar a inconstitucionalidade de legislação aprovada pela vontade soberana dos poderes eleitos (legislativo e executivo), sobre existência do controle de constitucionalidade, foi palco do acalorado debate jurídico na Europa dos anos 30 entre o alemão Carl Schmitt e o austríaco Hans Kelsen. (CHUEIRI, 2004; LORENZETTO, 2009; PINTO, 2015).

⁶ Para a recepção dos termos sua utilização em relação ao STF, ver BARROSO, 2009 e KOERNER, 2013.

O segundo conceito - a **judicialização da política** – tem como ponto de partida a constatação do aumento expressivo no número de processos nos tribunais,⁷ buscando suas causas e origens. Ao propor explicações para um fenômeno social abrangente, os estudos que abordam a judicialização ainda não convergiram para critérios unificados de sua constatação ou mensuração e tampouco fornecem parâmetros para aferir a relação entre governos e cortes constitucionais.

Finalmente, no que chamamos de **distensões institucionais**, apresentamos um conjunto de elementos a serem considerados para descrever o **papel cooperativo** das cortes constitucionais em regimes democráticos que, associados a um modelo teórico de comportamento judicial desenvolvido no capítulo seguinte, servirão de quadro teórico para medir e explicar o balanço tático do STF para julgar questões que envolvem interesses dos governos. (KAPISZEWSKI, 2009).

1.1 ATIVISMO JUDICIAL: CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

1.1.1 Origens: distinguindo entre bons e maus juízes

Todos desprezam o "ativismo" judicial, essa expressão notoriamente escorregadia. Iniciou como a antítese da "restrição judicial", o que também tem sido difícil de definir. Mas, se "restrição" é bom, então "ativismo" deve ser ruim. **Quando liberais estão ascendendo à Suprema Corte, conservadores pregam restrição e denunciam ativismo.** Isso significa que querem que os ministros liberais sigam as decisões de ontem, ao invés de empreender análises independentes, que podem levar a conclusões distintas. **Quando conservadores estão ascendendo à corte, liberais pregam restrição** - pelo que significa seguir todas aquelas decisões liberais do ciclo anterior! - e denunciam "ativismo judicial conservador". A expressão "ativismo" assim utilizada é vazia, uma máscara para uma posição substantiva.⁸ (EASTERBROOK, 2002, p. 1401, sem destaques no original).

⁷ Ressalte-se que nos estudos sobre a judicialização não é incomum que o autor emita juízos de valor sobre a conveniência ou não da judicialização. Diferentemente do ativismo - crítica atribuída à conduta dos magistrados - as críticas à judicialização são difusas, direcionadas à sociedade (e seus conflitos crescentes) e ao desenho institucional que amplia rol de direitos e o acesso ao Judiciário. Já se tomou parte de debates com este enfoque, advogando pela perfeita compatibilidade, no Brasil, da judicialização com as instituições democráticas. (ROMANELLI, 2012).

⁸ Tradução livre do original: "Everyone scorns judicial 'activism,' that notoriously slippery term. It began life as the antithesis of 'judicial restraint,' which also has been hard to pin down. But if 'restraint' is good, then 'activism' must be bad. When liberals are ascendant on the Supreme Court, conservatives praise restraint and denounce activism. This means that they want liberal Justices to follow yesterday's holdings rather than engage in independent analysis, which might lead to a different conclusion. When conservatives are ascendant on the Court, liberals praise restraint - by which they mean following all those activist liberal decisions from the previous cycle! - and denounce

Com estas palavras, o juiz Frank H. Easterbrook introduz⁹ a essência de seu argumento. Em seu artigo que questiona¹⁰ a coerência das críticas aos magistrados em geral, e aos da Suprema Corte em particular, evidencia a inconsistência do uso corrente dos termos "ativismo" e "restrição", por serem dependentes do ponto de vista do observador para adquirirem sentido. (EASTERBROOK, 2002, p. 1401).

As expressões "ativismo judicial" (*judicial activism*) e seu oposto, "autocontenção" (*self-restraint*),¹¹ foram cunhados por Arthur Schlesinger em um artigo publicado na revista *Fortune*¹² em 1947. (KMIEC, 2004, p. 1445; GREEN, 2009, p. 1200). Nele, Schlesinger descrevia e classificava os ministros da Suprema Corte com relação aos votos manifestados naquele ano, sendo chamados de "ativistas" aqueles que fundamentavam suas decisões de acordo com considerações políticas ou pessoais. Os que, por outro lado, fundamentavam apenas com

'conservative judicial activism.' The term 'activism' thus used is empty, a mask for a substantive position". (EASTERBROOK, 2002, p. 1401).

⁹ A ideia de se iniciar o tópico com a frase do juiz Easterbrook, bem como os melhores argumentos deste trecho são retirados do artigo de Keenan D. Kmiec *"The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'"* (KMIEC, 2004).

¹⁰ O artigo é intitulado *"Do liberals and conservatives differ in judicial activism?"* (EASTERBROOK, 2002).

¹¹ A expressão *self-restraint* também é traduzida na literatura brasileira como "autorrestrição" (PAIXÃO, 2007; CARVALHO, 2009, 2010; KOERNER, 2013; TOMIO e ROBL, 2013; BRUGGER, 2014), "autolimitação" (CANOTILHO, 2001), "autocomedimento" (TEIXEIRA, 2012) ou ainda utilizando diversas versões como sinônimas (BARBOZA e KOZICKI, 2012). Utiliza-se aqui a tradução "autocontenção", seguindo a tradução mais frequente na literatura consultada (BARROSO, 2008, 2009; GUEDES, 2012; DIMOULIS e LUNARDI, 2011; NOVELINO, 2013; ARGUELHES, 2014). Entretanto, nenhuma tradução está incorreta para designar a expressão *self-restraint*, que em termos gerais é utilizada para descrever o autocontrole ou a inibição voluntária de um determinado comportamento (CAMBRIDGE, 2003, p. 1134). Talvez a melhor forma de relacionar autocontenção e disciplina pode ser encontrada na expressão britânica *"stiff upper lip"* (lábio superior firme), utilizada para explicar as regras de etiqueta no autocontrole, uma atitude imperturbável no trato das emoções (CASTRO, 2011). A variação na literatura brasileira consultada parece ser resultado das diferentes traduções para o português da literatura estrangeira. Enquanto trabalhos de maior impacto na comunidade jurídica apresentam "autocontenção" (e.g.: "Democracia e Desconfiança" de John Hart Ely (2010), traduzido por Juliana Lemos), em obras de maior impacto na ciência política a expressão é traduzida como "autorrestrição" (e.g.: "Ulisses Liberto", de Jon Elster (2009), versada para o português por Cláudia Sant'Ana Martins), em sintonia com as traduções das obras no campo da Psicologia comportamental. (MIRANDA, CAMPOS, 2013).

¹² Keenan Kmiec observa que seria natural que o texto inaugural para uma expressão de tamanho impacto tivesse sido veiculado em revistas acadêmicas ou em algum voto vencido. Entretanto, observa que a publicação se deu em uma revista popular (*Fortune*) em um artigo escrito para o público geral escrito por um não-advogado. (2004, p. 1445-1446). Com ironia, Craig Green faz crítica semelhante, anotando que o artigo de Schlesinger que introduz os termos "ativismo judicial" e "autocontenção" foi veiculado "entre propagandas de Whisky e artigos de luxo" (GREEN, 2009, p. 1200).

referências à Constituição, legislação ordinária e precedentes, foram nomeados por Schlesinger como "campeões da autocontenção". (GREEN, 2009, p. 1201).

A definição analítica desta classificação inaugurada por Schlesinger não parecia ser sua principal preocupação. Craig Green (2009) acusa a fragilidade dos critérios usados por Schlesinger para categorizar os ministros, destacando que a classificação estaria contaminada com uma parcialidade pueril, registrando o pendor de Schlesinger para utilizar critérios pouco acadêmicos, dignos de verdadeira torcida universitária. Para ilustrar seu argumento, Green (2009, p. 1202) destaca o trecho em que Schlesinger glorifica as virtudes de "autocontenção" dos egressos de Harvard (universidade da qual o autor, não por acaso, também era ex-aluno) e tece ácidas críticas aos ministros ex-alunos da universidade rival, Yale, acusando-os de sobrepor cinicamente seus interesses políticos à lei e à doutrina:

Ao invés de articular princípios, o foco de Schlesinger sempre era pessoal. Ele identificou quatro ministros como exemplares do ativismo — particularmente Hugo Black e William O. Douglas — e três outros como heróis da autorrestrrição — especialmente Felix Frankfurter e Robert Jackson. Schlesinger nunca explicou o que exatamente tais ministros fizeram para receber estes títulos. (...) Schlesinger descreveu a "visão [ativista] Black-Douglas" como originária de ideias doutrinárias "especialmente dominantes na Faculdade de Direito de Yale". Com o zelo de um egresso [da rival] faculdade de Harvard, Schlesinger ilustrou a visão Black-Douglas-Yale como uma mistura não jurídica de "cinismo sobre a possibilidade (...) de um judiciário objetivo" e a tendência de favorecer "resultados imediatos" sobre um sistema de direito e interesses políticos sobre doutrinas jurídicas.¹³ (GREEN, 2009, p. 1203).

Para encontrar as raízes deste contexto, no qual a análise dos julgamentos da Suprema Corte norte-americana distingue os ministros entre "bons" e "maus", é preciso expandir o escopo para alguns casos anteriores, pois o conteúdo das críticas que o termo "ativismo" passou a representar antecede a incorporação do vocábulo ao léxico da crítica judicial.

¹³ Tradução livre do original: *"Instead of articulating principles, Schlesinger's focus was always personal. He identified four Justices as exemplars of activism — particularly Hugo Black and William O. Douglas — and three others as heroes of self-restraint — especially Felix Frankfurter and Robert Jackson. Schlesinger never explained what exactly these Justices did to earn their titles. (...) Schlesinger described the 'Black-Douglas [activist] view' as originating in jurisprudential ideas 'particularly dominant at the Yale Law School.' With a Harvardian's zeal, Schlesinger painted the Black-Douglas-Yale view as a lawless blend of 'cynicism about . . . an objective judiciary' and a tendency to favor 'immediate results [over] a system of law' and political interests over legal doctrines".* (GREEN, 2009, p. 1203).

As decisões da Suprema Corte tomadas na "Era *Lochner*" (1897-1937)¹⁴ também foram intensamente criticadas quando sistematicamente¹⁵ invalidaram legislações trabalhistas e sindicais, impondo uma visão de economia liberal que primava pela preservação da distribuição natural de riquezas contra políticas redistributivas (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

O senso comum¹⁶ sobre a decisão do caso *Lochner* é de que teria sido um claro exemplo de ativismo da corte. Nas palavras de Cass Sunstein (1987, p. 874), "[a] sabedoria comum indica que [a decisão no caso] *Lochner* estava errada porque envolveu 'ativismo judicial': uma intrusão ilegítima pelas cortes em uma esfera propriamente reservada para os poderes políticos do governo".¹⁷

Em síntese, a "Era *Lochner*" é identificada como um grande equívoco, uma mácula no histórico da Suprema Corte, quando esta se mostrou resistente à

¹⁴ O período, inaugurado em 1897 com o julgamento do caso *Allgeyer v. Louisiana* e encerrado em 1937 (após intensos embates entre o governo de Franklin D. Roosevelt com a Suprema Corte, que serão tratados em detalhes no capítulo 2), ficou conhecido pelo julgamento do caso *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional o *Bakeshop Act*, lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia um limite de 10 horas diárias (e 60 semanais) para o trabalho dos padeiros no Estado. (SUNSTEIN, 1987, p. 874-875). Damon Root (2014) cita que, a favor da legislação do Estado de Nova Iorque, havia como precedente o caso *Holden v. Hardy*, em que a Suprema Corte considerara constitucional a legislação do Estado do Utah que limitava o trabalho de mineiros em 8 horas diárias. Entretanto, para o caso *Lochner*, a corte afirmou que o precedente não era aplicável. Delineando os pontos que diferenciavam os casos (técnica conhecida como *distinguishing*), a corte afirmou que, enquanto a legislação do caso *Holden* tratava de proteger a saúde dos mineiros, a lei do Estado de Nova Iorque que limitava o trabalho dos padeiros a 10 horas diárias (*Bakeshop Act*) não podia ser considerada como protetiva da saúde dos trabalhadores. (ROOT, 2014, p. 47).

¹⁵ De acordo com Friedman, entre 1905 e meados dos anos 30 a Suprema Corte invalidou aproximadamente 200 normas de regulação econômica: "*From the decision in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), to the mid-1930s, the Court relied on the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to invalidate approximately two hundred state economic regulations. The decisions centered primarily on labor legislation, the regulation of prices, and restrictions on entry into business*". (FRIEDMAN, 1993, p. 623).

¹⁶ Por que a decisão do caso *Lochner* estava errada? – questiona Cass Sunstein, ao iniciar seu longo artigo "*o legado de Lochner*". O autor argumenta que tal senso comum sobre a decisão – a premissa de que fora equivocada – traz dificuldades para o direito constitucional, eis que não aprofundam a reflexão sobre como deve ser a interpretação constitucional em momentos de mudanças na sociedade. Sunstein aponta que os julgamentos que vieram a derrubar o precedente de *Lochner* não enfrentaram a questão constitucional principal: extrair da própria Constituição os fundamentos de decisão, em momentos de alteração no *status quo*. Finalmente, o autor explica que a decisão em *Lochner* foi repudiada pelo consenso nacional, mas que, para a teoria constitucional, a questão de fundo – encontrar um fundamento constitucional para a justiça redistributiva – ainda precisa ser construída. (SUNSTEIN, 1987).

¹⁷ Tradução livre do original: "[t]he received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved 'judicial activism': an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government". (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

legislação estadual e federal que recebiam grande apoio popular. Segundo Cass Sunstein (1987), o pano de fundo das decisões da Corte reside na concepção, pela maioria dos ministros, de que a postura do governo deveria ser de neutralidade e não-intervencionismo no *status quo* da "natural" distribuição de riquezas na sociedade:

A Corte *Lochner* exigia a neutralidade do governo e era cética com relação à intervenção governamental; definia tais noções em termos da ameaça por parte do Estado de intervir indevidamente na natural distribuição de direitos e de riqueza, protegida pela *common law*, considerando tal distribuição um direito natural, e não um conceito jurídico.¹⁸ (SUNSTEIN, 1987, p. 917).

Enquanto na "Era *Lochner*" as críticas foram com relação ao ativismo de uma Corte conservadora, que limitava direitos dos trabalhadores, na Corte Warren (período sob a presidência¹⁹ do *Chief Justice* Earl Warren, de 1953-1969), a pecha de "ativismo" da Suprema Corte lhe rendeu frutos positivos. É o que explica Easterbrook: "*Nem todas as formas de ativismo judicial são condenadas universalmente. Algumas das decisões pelas quais a Suprema Corte é geralmente aplaudida, tal como a de Brown v. Board of Education, foram, de certa forma, decisões ativistas*".²⁰ (EASTERBROOK, 2002, p. 1402).

Foi durante a "Corte Warren" que a festejada decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) determinou a inconstitucionalidade da segregação

¹⁸ Tradução livre do original: "*The Lochner Court required government neutrality and was skeptical of government 'intervention'; it defined both notions in terms of whether the state had threatened to alter the common law distribution of entitlements and wealth, which was taken to be a part of nature rather than a legal construct.*" (SUNSTEIN, 1987, p. 917).

¹⁹ No sistema norte-americano, a presidência da Suprema Corte é vitalícia, diferentemente do STF em que há mandato fixo de dois anos no cargo (BRASIL, RISTF, art. 12). Desta forma, um novo presidente (chamado "*Chief Justice*") é indicado pelo presidente da república (e sabatinado pelo Senado, como ocorre com os oito demais ministros, ou "*Associate Justices*") quando ocorre a vacância do cargo. Não há ordem de preferências, o presidente é livre para escolher promover algum membro que já faça parte da corte ou então escolher um novo integrante imediatamente para a posição de "*Chief Justice*" (BAUM, 2013, p. 52 e 54). Esta última hipótese ocorreu para a nomeação do atual presidente, *Chief Justice* John Roberts, que foi nomeado pelo então presidente George W. Bush em 2005, após o falecimento do *Chief Justice* William Rehnquist (nomeado pelo presidente Nixon em 1971 e promovido a *Chief Justice* por Ronald Reagan, em 1986, BAUM, 2013, p. 53). É usual na academia encontrar referências a uma fase da Corte a partir do nome do *Chief Justice* (e.g., Corte Roberts, para o período presente), denominando assim o conjunto dos julgamentos no lapso-temporal em que um determinado ministro tenha presidido a casa.

²⁰ Tradução livre do original: "*Not all forms of judicial activism are universally condemned. Some of the decisions for which the Supreme Court is generally applauded, such as Brown v. Board of Education were in some respect activist decisions.*" (EASTERBROOK, 2002, p. 1402).

racial nas escolas públicas, rendendo elogios à Suprema Corte por antecipar em mais de uma década²¹ as alterações legislativas que ampliaram os direitos civis. Entretanto, a decisão também recebeu críticas pelo ativismo da corte, principalmente por parte dos que defendiam que a Corte deveria manter princípios neutros para a interpretação constitucional. (WECHSLER, 1959).

Finalmente, após os períodos da "Era Lochner" e da Corte Warren (ambos momentos em que a Suprema Corte foi tida como ativista, embora com orientações políticas antagônicas), Barry Friedman indica que não há mais um consenso sobre o que pode ser considerado ativismo com relação aos períodos recentes da Suprema Corte (FRIEDMAN, 2009, p. 343-346). Friedman explica que a recente Corte Rehnquist (1986-2005) tem sido descrita por seus críticos como a mais "ativista" da história por ter decidido inúmeros casos polêmicos (e.g.: restringindo e depois ampliando direito à união homoafetiva, alterando o quadro normativo para o aborto, ações afirmativas e finalmente a eleição do presidente Bush v. Gore),²² embora haja pouca concordância sobre o significado deste ativismo. (FRIEDMAN, 2009, p. 323).

Pela primeira vez na história, a Suprema Corte havia se tornado alvo de críticas consistentes por parte dos grupos políticos de esquerda e de direita simultaneamente. Críticos de ambos os lados ideológicos desafiavam a

²¹ As alterações legislativas resultantes do movimento de Direitos Civis norte-americano ("*Civil Rights Movement*", tendo como um dos protagonistas Martin Luther King) ocorreram a partir de 1964 com uma série de atos normativos cujos mais importantes são o "*Civil Rights Act*", de 1964, que proibiu a discriminação fundada em raça, cor, religião, gênero ou nacionalidade como critério para recrutamento e seleção profissionais e a segregação em escolas, ambiente profissional e serviços públicos; o "*Voting Rights Act*" de 1965, que restaurou e protegeu direitos eleitorais; o "*Immigration and Nationality Services Act*" de 1965, que franqueou a entrada de imigrantes de outras origens étnicas (além das tradicionais norte-europeias e germânicas); e finalmente a "*Fair Housing Act*" de 1968, que proibiu a discriminação na venda e aluguel para fins habitacionais.

²² Reavivando noções constitucionais de um federalismo centralizador, a Corte Rehnquist derrubou um grande número de leis infraconstitucionais: "*It denied, and then recognized, the fundamental rights of homosexuals. [See Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) (overturning Bowers)]. It dramatically altered the scope of a woman's right to choose to have an abortion. [See Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)]. After a long silence, it sanctioned affirmative action in university admissions. [See Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)]. And in a move without parallel in the Court's long history, the justices effectively awarded the presidency to the Republican George W. Bush, resolving the contested election of 2000. [See Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000) (per curiam)]. Much of this occurred by votes of 5-4". (FRIEDMAN, 2009, p. 323).*

assertividade dos ministros e denunciavam a "supremacia judicial".²³ (FRIEDMAN, 2009, p. 323).

Analisando a Corte Rehnquist e o "consenso vazio do ativismo judicial", Barry Friedman (2009, p. 343-346) indica que as críticas ao ativismo evoluíram para as acusações da existência de uma supremacia judicial, ou até mesmo uma exclusividade de poder dos "tiranos de toga negra"²⁴ (FRIEDMAN, 2009, p. 349).

A despeito de uma leitura positiva ser possível, o sentido que parece ter encontrado maior recepção dentro e fora da academia para "ativismo" é o pejorativo. Como sintetizou o ministro da Suprema Corte norte-americana Anthony Kennedy: "*uma Corte ativista é uma Corte que toma uma decisão que você não gosta*".²⁵ (SEDENSKY, 2010).

Neste pêndulo semântico em que a Suprema Corte é taxada de ativista, ora por críticas conservadoras às decisões liberais (e elogio do campo oposto), ora por críticas liberais às decisões que se aproximam da visão conservadora (e aplausos dos que partilham desta visão), Green (2009, p. 1201) realiza um brilhante trabalho de síntese²⁶, definindo o ativismo judicial em quatro características: (i) qualquer erro judicial grave; (ii) quaisquer resultados indesejados; (iii) qualquer decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei; ou (iv) um buffet sortido destes e outros fatores.²⁷ Com tal elasticidade em seus usos e sentidos, conclui, o conceito de ativismo judicial não serve para distinções analíticas sobre o comportamento judicial. (GREEN, 2009, p. 1220).

²³ Tradução livre do original: "*For the first time ever, the Supreme Court became the target of sustained criticism from the political left and right simultaneously. Critics on both sides of the ideological divide challenged the justices' assertiveness and decried 'judicial supremacy'*". (FRIEDMAN, 2009, p. 323).

²⁴ "*Black-robbed tyrants*"

²⁵ Tradução livre do original: "*An activist court is a court that makes a decision you don't like*". (SEDENSKY, 2010).

²⁶ Para outra classificação mais completa, com cinco itens para identificar o ativismo judicial ("*1. Striking down arguably constitutional actions of other branches; 2. ignoring precedent; 3. judicial legislation; 4. Departures from accepted interpretive methodology; 5. result-oriented judging*"), ver Kmiec (2004, p. 1463-1475).

²⁷ Tradução livre do original: "*For modern scholars who define and analyze activism, the term has come to mean (i) any serious judicial error, (ii) any undesirable result, (iii) any decision to nullify a statute, or (iv) a smorgasbord of these and other factors. (...) if such modern interpretations were correct, then the term 'judicial activism' would be a useless distraction*". (GREEN, 2009, p. 1201).

1.1.2 Ativismo no Brasil – na fronteira entre Direito e Política

No Brasil, o sentido da expressão é ainda mais nebuloso²⁸, equilibrando visões negativas (de mesmo fundo argumentativo que as norte-americanas) com defesas elogiosas do "ativismo judicial".

A ideia de ativismo judicial recebe contornos positivos por se associar a uma *"participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais"* (BARROSO, 2010; p. 9). O ativismo seria uma defesa intransigente da Constituição, como se percebe na fala do decano da corte, ministro Celso de Mello:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a **necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República**, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (MELLO, 2008, p. 11, sem destaques no original).

Tal visão é decorrente da compreensão de que a Constituição de 1988 seria dotada de força normativa suficiente para alterar as relações sociais, incorporando normas programáticas com direitos e valores substantivos que concederam um norte inequívoco para a atuação jurisdicional. Nesta leitura, o Poder Judiciário deveria adotar a missão de concretizar, na sociedade, as mudanças preconizadas pelos constituintes.

Em um dos primeiros²⁹ artigos a tratar da preponderância do STF no balanço dos poderes criados pela Constituição de 1988, Oscar Vilhena Vieira (1994) observa que, com a adoção de limites ao poder de reforma constitucional (as cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º da CF/88), *"a democracia constitucional brasileira*

²⁸ Paulo Gustavo Gonet Branco ilustra com maestria a imprecisão semântica: *"Tanto no Direito como em tantas outras áreas de conhecimento não é incomum que expressões linguísticas assumam um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional. Entram em voga e a atração que exercem não se reflete num esforço por melhor precisão – longe disso, o seu emprego retórico as torna ainda mais nebulosas nos seus contornos denotativos"*. (BRANCO, 2013, p. 387).

²⁹ De forma sugestiva, o título do artigo questiona: *"Império da Lei ou da Corte?"*. (VIEIRA, 1994).

passou a ser mais constitucional que democrática³⁰ e que o órgão mais poderoso dentro desse sistema constitucional³¹ é o Supremo Tribunal Federal". (VIEIRA, 1994, p. 76).

Vieira exemplifica sua conclusão com a liminar³² proferida pelo STF em 1993 suspendendo a cobrança do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), criado por meio de Emenda à Constituição. Afirma que muito mais relevante que a decisão de caráter tributário sobre o IPMF, ao julgar inconstitucional o conteúdo de uma Emenda à Constituição o tribunal teria bloqueado uma decisão *"mais do que majoritária dos representantes do povo"*, sob o fundamento de que um direito individual havia sido violado. (VIEIRA, 1994, p. 77).

Ao exercer essa competência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar, de fato, a posição de órgão de cúpula do sistema constitucional brasileiro, pois controlou o que seria a forma mais ilimitada de exercício de poder dentro de um regime constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador, exercido através de procedimentos qualificados pelo parlamento. (VIEIRA, 1994, p. 77).

Essa oposição entre as decisões do STF e a vontade legislativa não é incomum. Muitas críticas que se fazem aos julgados do STF como ativistas são realizadas como violação do princípio da separação de poderes. Entretanto, como alerta Paulo Gustavo Gonet Branco, *"[n]ão é viável pretender conter o exercício da jurisdição constitucional (...) em nome de um modelo ideal – tantas vezes*

³⁰ Desde logo, cabe evidenciar que o conceito de Democracia adotado neste trabalho tem como ponto de partida a obra de Robert Dahl (1957), considerando idealmente democrático um regime que alcance a máxima participação dos cidadãos com igualdade entre si no valor de seus votos, acesso a toda informação relevante para formar sua convicção, controle da agenda deliberativa e possibilidade de ampla expressão e participação. A formulação madura da teoria de Dahl pode ser encontrada na obra "Democracia e seus críticos", de 1989. Complementarmente, compreendemos que a representação política deve ser estendida para instituições não majoritárias que detenham legitimidade democrática para agir em nome do interesse público, pluralizando os atores da sociedade civil e diversificando o lócus de seu exercício (GURZA LAVALLE *et al.*, *apud* POGREBINSCHI, 2012, p. 180). Neste aspecto, consideramos que a democracia não se realiza apenas por meio de representantes eleitos, mas que, a fim de ser democrática, a representação política deve ser complementada por outros mecanismos além do eleitoral (POGREBINSCHI, 2012, p. 178), dentre os quais se situa a guarda da constituição pelo Poder Judiciário.

³¹ Para uma formulação abrangente do paradoxo democrático nos conflitos entre constitucionalismo e democracia, ver Lorenzetto e Kozicki (2015, p. 627).

³² Medida Cautelar na ADI 926/DF, rel. Sydney Sanches, julgada em 01 set. 1993, declarando a suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional n. 03/93. Conforme o exposto na ementa do acórdão, ao instituir o IPMF sobre toda e qualquer movimentação financeira no país, a EC 03/93 violaria a imunidade tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 150, IV, a, da CF). A ação foi movida pelos governos estaduais do MT, MS, PR, SC e TO.

convenientemente não explicitado – de separação de poderes e reduzir esse princípio a mais uma frase-curinga (...)". (BRANCO, 2013, p. 395).

Ecoando no Brasil o sentido encontrado na literatura norte-americana, tese sobre o tema³³ proposta por José de Ribamar Barreiros Soares limita o escopo do "ativismo" para as ações nas quais o Judiciário (STF e TSE) arbitraram questões relativas às atividades legislativas e partidárias, analisando os casos da verticalização de coligações partidárias,³⁴ da instalação obrigatória de CPIs³⁵ e da perda de mandatos quando da troca de partidos.³⁶ Em sua definição, "*ativismo judicial indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer novas condutas, criando direito novo*". (SOARES, 2010).

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso enumera os casos em que teria ocorrido um ativismo indevido por parte do STF, ao arbitrar questões políticas. No primeiro deles, afirma que ao manter³⁷ a resolução do TSE que determina a perda do mandato de políticos que se desfiliam de seus partidos, o STF teria decidido sem referência ao texto constitucional:

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a **situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária.** O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. (BARROSO, 2009, p. 6, sem destaques no original).

³³ Tese de doutorado intitulada "Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política" (SOARES, 2010).

³⁴ ADI 3685, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) e julgada em 2006.

³⁵ Mandados de Segurança (MS) 24831/DF e 24845 a 24849/DF ajuizados por diversos partidos da oposição e julgados em junho de 2006.

³⁶ ADIs 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

³⁷ O STF decidiu por 9 votos a 2 pela improcedência das ADIs 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Ao caso da fidelidade partidária, Barroso adiciona ainda a Súmula Vinculante que veda o nepotismo³⁸, o caso da verticalização das coligações eleitorais (declarando a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional) e ainda o da inconstitucionalidade da cláusula de barreira.³⁹ (BARROSO, 2009, p. 6).

Embora sem afirmá-lo diretamente, pode-se perceber que os casos enumerados por Barroso têm em comum a regulação de matérias que envolvem regras da disputa político-partidária. É interessante que o ativismo - aqui criticado - se relaciona tanto a casos em que o STF atuou de forma propositiva (ao propor soluções, como a do Nepotismo e da Fidelidade Partidária) quanto de forma restritiva (nas demais, ao declarar a inconstitucionalidade das coligações regionais e da cláusula de barreira).

Novamente aqui, os fundamentos para identificar "ativismo" estão em solo movediço. Afinal, o critério para que o STF evite o "mau" ativismo seria abster-se de decidir em questões político-partidárias? O autor escolhe outro caminho. Sugerindo uma normativa mais ampla, Barroso afirma que a Corte deverá agir com autocontenção quando reconhecer que outro Poder, órgão ou entidade tem a melhor qualificação para decidir. (BARROSO, 2009, p. 13).

Para exemplificar, cita questões que envolveriam áreas do conhecimento especializadas (como engenharias e economia) para afirmar que, nestes casos, o Judiciário deveria julgar com deferência ao juízo de valor manifestado pelos especialistas da área:

Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. **Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.** Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência. (BARROSO, 2009, p. 13)

³⁸ Súmula Vinculante n. 13, adotada em 2008.

³⁹ ADIs 1351 e 1354, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC) e julgadas em 2006.

Para conciliar as duas afirmações de Barroso – de que a Corte estaria sendo ativista quando arbitra questões político-partidárias e que deveria agir com deferência ao órgão ou Poder com expertise na área debatida – seria necessário assumir o discurso de fundo de que as regras do jogo político são seara especializada, na qual a Corte não teria suficiente proficiência. Como propomos adiante, observações empíricas do comportamento dos ministros do STF com os governos evidenciam que a Corte não pode ser considerada neófito em relação a questões políticas.

Empreendendo extensa revisão da literatura sobre o tema, Andrei Koerner (2013) situa o ativismo na "fronteira fluída" dos mundos da política e do direito, afirmando que "[a]o ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial (...) extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos". (KOERNER, 2013, p. 71-72).

Evidenciando que também há vozes no Brasil em defesa do ativismo - atribuindo-lhe, portanto, sentido positivo -, Koerner apresenta os "defensores das decisões judiciais" como portadores de argumentos elitistas⁴⁰ que advogam pela proteção da Constituição por juristas, contra indevidos ataques à democracia por parte dos representantes eleitos (KOERNER, 2013, p. 73-74).

Entretanto, evidências empíricas demonstraram que a atuação do STF "*não correspondia às potencialidades intervencionistas inferidas da letra do texto constitucional*", tornando-se discutível a caracterização do STF como ativista (KOERNER, 2013, p. 75), pois os próprios ministros teriam mitigado⁴¹ os poderes

⁴⁰ Koerner sintetiza tais argumentos elitistas como sendo os "*que valorizam o Judiciário como uma instância formada por homens experimentados e prudentes que teriam o papel de limitar os poderes de representantes eleitos e preservar a Constituição. Os juízes seriam uma espécie de oráculo que forneceria as referências simbólicas para a preservação da identidade nacional. Outros argumentam que a maioria das decisões consideradas ativistas são aceitas pela sociedade e, se a Corte adotar a estrita deferência aos demais poderes, manteria em vigor leis que violam a Constituição*". (KOERNER, 2013, p. 73-74).

⁴¹ Diego Arguelhes (2014, p. 10) demonstra como o STF agiu de forma incisiva em sua jurisprudência (por meio da distinção entre legitimados universais e os "especiais") para restringir o alcance do art. 103 da Constituição de 1988 (que estabeleceu o rol de legitimados para ajuizar as ações de controle abstrato de constitucionalidade).

criados pela Constituição de 1988, ou mesmo evitado⁴² exercê-los. (BARROSO, 2001, p. 24; ARGUELHES, 2014, p. 16).

1.1.3 O ativismo como sintoma de uma patologia

Em artigo sobre o ativismo e suas relações na hermenêutica constitucional, Anderson Teixeira (2012) conceitua o ativismo como "*a deslegitimação da política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade*". (TEIXEIRA, 2012, p. 38). Para tanto, sugere critérios para diferenciar o "bom ativismo" do "ativismo nocivo". Em síntese, o "bom ativismo" é aquele utilizado para avançar as questões sociais da Constituição, como direitos fundamentais e outras garantias constitucionais protetivas⁴³. Já o ativismo reprovável seria aquele que busca "*fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político*". (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Entretanto, embora reconheça um sentido positivo e outro negativo ao ativismo, o último é o que prevalece em sua síntese de que se trata de "*uma patologia constitucional cada vez mais necessária - desde que seja na sua vertente positiva - para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado*". (TEIXEIRA, 2012, p. 52).

Subjacente neste enfoque está a concepção de que, ao exercer atribuição qualificável como ativista, o Poder Judiciário estaria extrapolando suas atribuições no desenho institucional, sendo tal exagero tolerado simplesmente porque estaria atuando de forma ativista por conta da falha dos outros poderes.

Uma ressalva importante a ser feita é indicar que tal abordagem, comum nos textos jurídicos, diverge de forma diametral ao proposto nesta tese, eis que os mecanismos que aqui se propõem buscam compreender o contexto das relações institucionais entre Judiciário e Governo tal qual ele ocorre, e buscar elementos explicativos. Neste enfoque, patologias, *malaises*⁴⁴, ou quaisquer tipos de disfunções

⁴² Barroso indica que a decisão de manter no STF todos os Ministros que haviam sido nomeados durante o regime militar – portanto sem compromisso político com a transformação institucional do País – gerou uma corte que "*reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações*". (BARROSO, 2001, p. 24).

⁴³ No mesmo sentido, Barroso (2010) e Mello (2008).

⁴⁴ Plural de "mal-estar", em francês, é a expressão utilizada por Antoine Garapon (1999, p. 27).

atribuídas à dinâmica institucional (que partem da premissa de que se estaria fora do ponto de equilíbrio, do ideal a ser alcançado) não contribuem para aclarar o objeto do presente estudo.

1.1.4 Um sentido seguro: ativismo para advogados politicamente engajados

Finalmente, um sentido para "ativismo" mais próximo de sua origem política é o utilizado por Fabiano Engelmann (2006), nomeando de ativismo judicial a atividade de advogados populares, engajados em causas públicas, que ingressam em lides processuais como estratégia política. Em seu cuidadoso artigo, ativismo não é utilizado para qualificar o comportamento de magistrados, mas sim para descrever o de outros atores que se movimentam no ambiente jurídico:

Esse conjunto, que mescla militância e utilização do direito, investe, ao mesmo tempo, na produção de definições jurídicas, com a publicação de artigos em edições específicas, que objetivam “formar advogados”, inserindo-se num pólo específico de ativismo judicial. (ENGELMANN, 2006, p. 141).

(...)

Pode-se detectar uma tendência a um novo padrão de engajamento em causas coletivas no Brasil indicado pelo caso representativo de uso do espaço judicial das duas ONGs analisadas. Nesses casos, observa-se que o recurso ao espaço judicial se relaciona à busca de efetivação de direitos legitimados como princípios na Constituição de 1988. Em tal sentido, diferentemente do ativismo político que envolveu segmentos de juristas que buscaram alternativas fora do Estado para denunciar o descumprimento dos direitos e garantias individuais, na década de 1990, essas iniciativas dirigem-se para a construção de fundamentações e para a busca de decisões judiciais que possam ter repercussão na esfera estatal. (ENGELMANN, 2006, p. 143).

Este parece ser o uso mais apropriado para o termo "ativismo", eis que relacionado aos atores que têm ação engajada politicamente, utilizando a arena jurídica como uma das formas de avançar sua agenda ideológica. Entretanto, o termo é impreciso para descrever atuação de magistrados ou para qualificar órgãos jurisdicionais. Como exposto, grande parte da literatura que trata do **ativismo judicial** incorpora em sua definição a subjetividade do observador com relação à aprovação ou reprovação do resultado do julgamento da corte.

Desta forma, não parece ser uma nomenclatura adequada para estabelecer parâmetros, mensuráveis empiricamente, da relação entre Judiciário e governos.

O debate na literatura sobre o papel do Judiciário e das cortes constitucionais na sociedade democrática pode ser observada pelo prisma de outra expressão, também em voga, a "judicialização da política". Como muitas das ondas acadêmicas, esta também trará com suas águas muitas espumas que turvam o olhar, exigindo um observador atento.

1.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O DESLOCAMENTO DE CONFLITOS POLÍTICOS PARA O JUDICIÁRIO

Nos últimos cinco anos, a expressão "judicialização da política" tem sido veiculada ao menos duas vezes por semana em revistas, jornais e artigos de opinião publicados na internet.⁴⁵ A expressão também já foi objeto de mais de cinquenta estudos acadêmicos nas últimas duas décadas⁴⁶ e já se consolidou como uma agenda de pesquisa consistente (AVRITZER e MARONA, 2014).

Entretanto, a "judicialização da política" trata de um fenômeno social abrangente, cuja manifestação mais evidente - mas não única - se percebe no Poder

⁴⁵ De 29.08.2010 a 11.02.2016, foram identificadas pelo motor de pesquisa do Google novas publicações contendo a palavra **"judicialização da política" em 701 dos 2007 dias do período**. A busca foi realizada a partir do cadastro da expressão no sistema "google alertas" em 29.08.2010. As notificações diárias de novas publicações foram mais intensas em 2011. A distribuição anual foi a seguinte:

Ano	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (até 11 fev.)
Número de notificações	102	187	137	82	79	20

As notificações podem conter uma ou mais páginas nas quais a expressão foi utilizada naquele dia. Outra versão da expressão ainda mais popular foi a **"judicialização da saúde", que figurou em 926 alertas no mesmo período**. A palavra "judicialização" foi colhida em 1.727 alertas diários no período (de 29.08.2010 a 11.02.2016), incluídas as duas expressões ("da política" e "da saúde").

⁴⁶ (CASTRO, 1997; VIANNA, CARVALHO, PALÁCIOS, BURGOS, 1997, 1999; ARANTES, 1997, 1999, 2005; MACIEL e KOERNER, 2002; BARROSO, 2001, 2008, 2009, 2010; CARVALHO, 2004, 2007, 2009, 2010; OLIVEIRA, 2005; COUTO e ARANTES, 2006; ENGELMANN, 2006, 2007, 2007a, 2011; PAIXÃO, 2007; BARBOZA, 2007; VIANNA, BURGOS, SALLES, 2007; TAYLOR, 2007, 2008; TAYLOR e DA ROS, 2007, 2008; VIEIRA, 2008; DA ROS, 2008; VERÍSSIMO, 2008; VERBICARO, 2008; NOBRE, 2008; PACHECO, 2008; MARCHETTI e CORTEZ, 2009; CARVALHO e LEITÃO, 2010, 2013; CARVALHO e MARONA, 2010; RODRIGUEZ, 2010, 2013; KAPISZEWSKI, 2010, 2011, 2012; ROMANELLI, 2012; POGREBINSCHI, 2012; BARBOZA e KOZICKI, 2012; ENGELMANN e CUNHA, 2013; TOMIO e ROBL 2013; TOMIO e CARVALHO, 2013; MARRAFON e LIZIERO, 2014; AVRITZER e MARONA, 2014; BRUGGER, 2014; ARGUELHES, 2014; CARVALHO, BARBOSA, GOMES NETO, 2014; MELLO, 2015; VIANNA, 2016).

Judiciário. Como se expõe adiante, a expressão não encerra em seu significado detalhes da relação entre governos e cortes constitucionais, relação cujos mecanismos de interação será objeto de uma construção no final do capítulo.

1.2.1 O sentido clássico: Expansão do Poder Judicial

A expressão "judicialização da política" foi cunhada na coletânea "A expansão global do poder judicial"⁴⁷ editada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995). No sentido que permeia a obra, a judicialização da política teria dois grandes significados: a expansão do poder judicial (tribunais e juízes) e a propagação do método jurídico de tomada de decisão em detrimento do método legislativo. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 05). A "judicialização da política" ocorreria assim em duas frentes: tanto com a resolução de conflitos políticos nos tribunais, quanto na adoção de métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas dentro dos parlamentos.

Conforme sintetizam Maciel e Koerner, a resolução de conflitos políticos nos tribunais

resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Essas duas formas de judicialização são denominadas, respectivamente, *from without* e *from within*. (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 114-115).

A expansão do método judicial para a resolução de conflitos já era apontada por Martin Shapiro (1981, p. 1) como resultado da expectativa de sociedades em geral de recorrer a um árbitro imparcial, o que chama de "lógica da tríade na resolução de conflitos" (SHAPIRO, 1981, p. 1; ver também SWEET, 2000, p. 12). Isto é, aos contendores, em um conflito que não conseguem resolver, a solução natural seria chamar um terceiro para arbitrar a disputa. Trata-se, ainda segundo Shapiro, da base da legitimidade dos tribunais em qualquer lugar do mundo,

⁴⁷ Trata-se de uma coletânea de artigos organizados após o seminário '*The Judicialization of Politics*' organizado pela Associação Internacional de Ciência Política (IPSA) em Bolonha, na Itália, em 1992.

explicando a razão das cortes terem-se tornado um fenômeno político universal. (SHAPIRO, 1981, p. 5).

No entanto, desde a formulação original, os sentidos para a expressão judicialização da política se expandiram consideravelmente, alcançando quase uma dezena de usos.⁴⁸ Outro obstáculo para encontrar uma definição conceitual da expressão é a existência de autores que incorporam o ativismo judicial à sua definição de judicialização da política (e.g.: OLIVEIRA, 2005, POGREBINSCHI, 2012. De forma implícita, tal leitura também pode ser encontrada em VIANNA *et al.* 1999 e SADEK, 2011).⁴⁹

A diferenciação entre ativismo e judicialização como fenômenos distintos é esclarecida por Luís Roberto Barroso, que afirma que a judicialização não seria decorrente da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. Assim, o fator determinante para se diferenciar “ativismo judicial” de “judicialização da política” reside na postura do intérprete da Constituição: no ativismo, haveria um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. (BARROSO, 2008, p. 17).

⁴⁸ No artigo “Por um conceito operacional de judicialização da política”, Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona (2010) enumeram de forma minuciosa os sentidos das definições encontradas na literatura para a judicialização da política: (1) efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais; (2) crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política; (3) interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas; (4) expansão do Poder Judiciário; (5) ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário; (6) adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial; (7) capacidade do Poder Judiciário intervir em políticas públicas; (8) crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas; (9) o Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 11-12).

⁴⁹ Tratando das ações judiciais envolvendo a política de privatizações dos anos 90, Vanessa Oliveira (2005, p. 559) concluiu que não teria havido judicialização da política, eis que os membros do judiciário brasileiro não haviam demonstrado “*preferência judicial por políticas públicas*”. Da conclusão obtida por Oliveira de que não haveria judicialização da política, a autora levou em consideração que os magistrados teriam respondido às demandas apenas quando o mérito da ação tivesse sido julgado. Nessa ótica, as ações extintas por vícios formais, nas quais não se conhece o mérito, não foram consideradas como ‘respondidas’, pois a decisão de extinção nada ou pouco disse sobre o conteúdo material da lide.

1.2.2 A judicialização como consequência da ampliação de direitos

Os estudos sobre a judicialização no Brasil empreenderam grandes esforços na busca de explicações para o fenômeno que era identificado a partir do volume crescente de ações ajuizadas em todos os níveis do Poder Judiciário. Para Werneck Vianna (*et al.*, 1999), a judicialização era resultado direto do novo quadro institucional a partir da Constituição de 1988, que permitira maior protagonismo⁵⁰ dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial. Tais instrumentos e mecanismos teriam sido descobertos no início dos anos 90 e, a partir de então, crescentemente utilizados por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais como instrumento de pressão política. (VIANNA *et al.* 1999, p. 15-17).

A pesquisa pioneira também retratava um cenário de verdadeira guerra ideológica, afirmando que a valorização do Poder Judiciário estaria ocorrendo pela desqualificação da política - que teria tido seu espaço reduzido, senão anulado, como consequência do próprio enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais em face das regras ditadas pelo mercado.⁵¹ Haveria, segundo Vianna *et al.* (1999, p. 16-17), pouco espaço para os parlamentos atuarem, transformando-se em meros homologadores das políticas públicas determinadas pela Administração Pública. Nesta visão, a judicialização da política seria uma reação positiva, no sentido de resistência civil contra um Estado em crise, que estaria experimentando um "*colapso moral, escandalosa ineficiência e desmoralização do espaço político-parlamentar*". (VIANNA *et al.*, 1999, p. 18).

Ernani Carvalho e Marjorie Marona argumentam que a judicialização da política é fruto da ampliação da constitucionalização dos Direitos Fundamentais e Sociais nos moldes substantivos decorrente da adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social, afirmando que a Constituição de 1988 "*deslocou a cultura jurídica marcada pelo positivismo de caráter privatista, do que resultou a ampliação da*

⁵⁰ O termo protagonismo dos tribunais é empregado aqui como ênfase para a relevância do Poder Judiciário e o impacto de suas decisões nas questões políticas. Não se trata do ativismo judicial, termo já exposto anteriormente, com a inclusão da variável motivacional, isto é, da vontade dos magistrados para atuar implementando uma agenda política.

⁵¹ A leitura de que haveria uma subordinação da soberania nacional a regras de mercado pode ser compreendida como fruto das reformas liberais no Brasil da década de 1990, em um contexto em que o Fundo Monetário Internacional exigia mudanças institucionais como condições para a liberação de empréstimos.

concepção dos direitos fundamentais, concebidos como afirmações de princípios que constituem programas de ação, objetivos que implicam o dever de ação do Estado”. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 7).

Couto e Arantes (2006), ao classificar os tipos de dispositivos constitucionais, também chegaram à conclusão que a estrutura constitucional incentivaria minorias políticas a arguir no STF a inconstitucionalidade da legislação com a qual teriam sido vencidas no campo legislativo:

[A] excessiva limitação constitucional restringirá ainda mais o alcance das decisões majoritárias ao multiplicar os motivos para que minorias derrotadas recorram à Justiça como forma de obliterar decisões legislativas ordinárias, alegando sua inconstitucionalidade – claro, apenas onde se adote o controle judicial da constitucionalidade das leis. Em suma, a constitucionalização de *polícies* impõe a vontade momentânea de uma maioria conjuntural às maiorias futuras, cerceando-lhes. (COUTO e ARANTES, 2006, p. 52).

Em sentido semelhante, Barroso (2008, p. 17 e 2010, p. 6) expõe que a judicialização decorre no Brasil da Constituição abrangente e analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, maximizado pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Para Barroso, a judicialização constituiria *“um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”.* (BARROSO, 2010, p. 6).

1.2.3 Judicialização como resultado do amplo acesso ao Judiciário

Em conjunto com a constitucionalização de ampla gama de direitos, a expansão do Poder Judiciário é vista como consequência do amplo acesso ao Judiciário,⁵² normalmente medida pelo número de ações ajuizadas nos tribunais.

⁵² Dentre os direitos fundamentais enumerados no artigo 5º da Constituição de 1988 consta, no inciso XXXV, o da inafastabilidade do Poder Judiciário: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.* Trata-se de regra institucional que alargou, de maneira ampla, o ingresso em juízo para todos aqueles que desejassem, permitindo também que fossem abordados todos os temas, incluindo temas políticos. A situação é muito diferente da regra que existia na Constituição de 1934 (art. 68), repetida na de 1937 (art. 94), de que era *“vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”* (art. 68). Ainda, com relação ao controle abstrato de

Neste tópico, cumpre destacar que são as próprias regras constitucionais que foram responsáveis por esse incremento no número de ações.

A ampliação nos meios de acesso ao Judiciário também foi uma tônica na assembleia constituinte de 1987-88. Ao lado de variadas previsões constitucionais para o acesso popular⁵³, houve uma modificação ampla com relação ao controle concentrado, como destaca Marcos Paulo Veríssimo:

[Houve] uma enorme preocupação em ampliar as vias de acesso popular à sua jurisdição. Isso se traduziu em instrumentos os mais diversos, entre os quais sobressaem os seguintes: (i) **ampliação do rol de legitimados** para a movimentação do controle concentrado; e (ii) eliminação das barreiras de acesso ao controle difuso, por meio, sobretudo, da **eliminação dos requisitos de relevância geral** como condições especiais de admissibilidade do recurso extraordinário. (VERÍSSIMO, 2008, p. 409, grifo nosso).

Além da ampliação no rol de legitimados (art. 103) para ajuizar as ações diretas de inconstitucionalidade, foram criados novos mecanismos, como a ação declaratória de constitucionalidade, o mandado de injunção e a ação de descumprimento de preceito fundamental, eliminando ainda limitações procedimentais para o controle de constitucionalidade difuso (como a relevância geral para requisito de admissibilidade de recurso extraordinário).⁵⁴

constitucionalidade, o art. 103 alargou o número de atores com competência para ajuizar ADIs e as demais ações de controle abstrato. Sobre o alargamento, ver CARVALHO, 2010. Com um argumento original, demonstrando que o próprio STF atuou durante a Assembleia Constituinte para impedir tal alargamento - e que agiu por meio de sua jurisprudência de modo a diminuir, parcialmente, a abrangência da Constituição neste aspecto -, ver ARGUELHES, 2014.

⁵³ Que levou à criação dos Juizados Especiais (art. 98) e fortalecimento das Defensorias Públicas (art. 5º. LXXIV), por exemplo.

⁵⁴ Com a EC 45/2004 houve a reintrodução de instrumento limitador, chamado de “repercussão geral”. Conforme a dicção do art. 102, § 3º, da Constituição, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Esse filtro recursal – que tem como objetivo a diminuição do número de processos distribuídos aos ministros – é superado quando constatada a existência de critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Entretanto, o mecanismo não tem sido eficaz para limitar o volume de trabalho do STF. Ao contrário do *certiorari* da Suprema Corte norte-americana – em que um recurso é levado a julgamento quando há manifestação favorável de quatro ministros (o *rule of four*) –, no sistema brasileiro a lógica é negativa: A análise de um Recurso Extraordinário será processada exceto se for recusada por oito ministros, manifestando votos expressamente contrários à repercussão geral por meio de um sistema de votação eletrônica (plenário virtual), sendo as abstenções consideradas como votos favoráveis à ocorrência de repercussão geral.

Ernani Carvalho destaca que tal volume crescente de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) fortaleceu a percepção do fenômeno da judicialização, por conta da explosão de processos. (CARVALHO, 2004, p. 121).

De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2008), o assombroso volume de casos distribuídos ao STF pode ser explicado pela sua competência recursal: de 1988 a 2008, teriam alcançado a Corte mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal. (VIEIRA, 2008, p. 449).

Entretanto, Marcos Paulo Veríssimo (2008) destaca que o efeito desta ampliação teria causado um desequilíbrio nas funções do STF, soterrando a Corte debaixo de uma verdadeira avalanche de processos. As estatísticas trazidas para sustentar tal argumento são de que, se em 1987 o STF havia resolvido 20.122 casos em doze meses, vinte anos depois, em 2007, o número de ações e recursos julgados no ano havia se **multiplicado por oito**, com 159.522 casos. (VERÍSSIMO, 2008, p. 410).

Sobre essa enorme produtividade do STF, Veríssimo afirma que *“a imensa maioria dos processos resolvidos atualmente pelo STF [88,20%] não são, ao final das contas, levados a julgamento colegiado, quer nas Turmas, quer no Plenário. Ao contrário, são objeto de julgamento monocrático”*. (VERÍSSIMO, 2008, p. 419). Ainda, no mesmo sentido, em crítica à informação, Vieira afirma que tais dados demonstram que o STF *“vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente”*. (VIEIRA, 2008, p. 450).

Tal cenário teria contribuído para o apoio dos ministros do STF à promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que, como destaca Veríssimo (2008, p. 418), *“além de eliminar várias das competências alheias ao controle de constitucionalidade (...), reintroduziu a relevância geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, através do mecanismo da repercussão geral.”* Na mesma esteira, permitindo ao STF que determine a vinculação das decisões proferidas no controle difuso – e diminua sensivelmente o número de processos julgados –, foi criada também a súmula vinculante.

Para além do volume de ações ajuizadas, a proporção de sua procedência foi objeto de escrutínio em diversas pesquisas empíricas. Em estudo tido como pioneiro da judicialização da política no Brasil, a equipe liderada por Werneck Vianna (*et. al.*, 1999, p. 120) indicou que **a taxa de julgamento do mérito das ADIs no período de 1988 a 1998, em um universo de 1.935 ADIs, teria sido de apenas 13,54%**. Do total, 54,36% ainda aguardavam julgamento em 1999.

A despeito da baixa taxa de julgamentos de mérito, dados colhidos por Veríssimo indicam que das ações decididas no mérito (em ações de controle abstrato de constitucionalidade), a maior parte (66,46%) foi julgada **procedente** (2008):

Na verdade, segundo informações contidas no sítio do STF na internet, **parece haver, de modo geral, uma razoável propensão do tribunal a proferir juízos de inconstitucionalidade nos casos que lhe são submetidos**. Entre as Ações Direitas de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46% foram julgadas procedentes. Das restantes, 16,97% foram julgadas parcialmente procedentes e apenas 16,57% foram julgadas totalmente improcedentes. Em relação aos pedidos de liminar em ADI julgados pelo mérito (442), o mesmo ocorre. Em 55,43% dos casos a liminar requerida foi deferida integralmente. Em 16,06% dos casos foi deferida em parte e apenas em 28,51% dos casos foi totalmente indeferida. (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Entretanto, a importância de tais números foi competentemente questionada por Thamy Pogrebinski. Para relativizar a importância da alta taxa de procedência nas ADIs julgadas no mérito, a autora separou, do montante global de ações julgadas,⁵⁵ as ações que impugnavam normas Estaduais e Municipais e aquelas que diziam respeito à normas do Legislativo Federal. Nesta distinção, 92,31% das ações julgadas no mérito em sede de controle abstrato pelo STF **não tinham por objeto normas do Legislativo Federal**. (POGREBINSCHI, 2012, p. 49).

Assim, contra normas do Congresso Nacional, o STF proferiu no período apenas 67 decisões de procedência (seja integral ou parcial), levando a autora a

⁵⁵ Há uma pequena diferença nos números coletados pelos autores, mas que não influenciam na comparação realizada. Nos dados de Veríssimo (2008, p. 411), teriam sido julgadas no mérito **978 ações** de controle concentrado pelo STF de 1988 a 2008. Nos números apresentados por Pogrebinski (2012, p. 48), teriam sido apenas **871 ações** de 1988 a 2009. A diferença pode ser resultado da inclusão, nos dados de Veríssimo, de casos com decisões liminares deferidas, mas ainda pendentes de julgamento, casos excluídos da análise de Pogrebinski. Para pesquisa empírica com dados mais recentes (de 1988 a 2012), ver TOMIO e ROBL, 2013.

concluir que a Corte é mais parcimoniosa do que a literatura jurídica costuma indicar:

[O] STF é mais parcimonioso em relação à atividade legiferante do Congresso Nacional do que a ausência de uma investigação empírica sobre o tema pode fazer supor. (...) entre 1988 e 2009, o STF proferiu apenas 67 decisões procedentes (35) ou procedentes em parte (32) em julgamentos de mérito contra leis e atos normativos do Congresso Nacional, **totalizando, assim, apenas 7,97% de todas as ações (ADIs e ADPFs) interpostas no mesmo período contra normas do Poder Legislativo federal. Trata-se inquestionavelmente de um valor pequeno**, em termos absolutos e relativos, sobretudo diante da extensão do período analisado. (POGREBINSCHI, 2012, p. 63, sem destaques no original).

Ainda, a autora relacionou o número efetivo de leis federais declaradas inconstitucionais pelo Supremo com o volume de legislação produzida e promulgada pelas casas legislativas no mesmo período, concluindo que as declarações de inconstitucionalidade por parte do STF atingiram, no período (1988 a 2009), apenas 0,7% do montante global de instrumentos normativos elaborados pelo Legislativo federal:

Ao longo dos 21 anos transcorridos entre 1988 e 2009, o Congresso Nacional promulgou 12.749 normas, sendo que, destas, 4.541 são leis ordinárias, 76 são leis complementares, 62 são emendas à Constituição e 8.070 são decretos legislativos. **Desse imenso contingente de normas, o STF levou, ao longo do mesmo período de tempo, apenas 87 a julgamento de mérito; ou seja, considerou que apenas 0,7% das normas promulgadas pelo Congresso Nacional em 21 anos merecia seu juízo definitivo de constitucionalidade.** (...) na verdade, apenas 46 normas do universo de 12.749 foram em alguma medida consideradas inconstitucionais pelo STF. (POGREBINSCHI, 2012, p. 109, sem destaques no original).

Em síntese, concluiu que os dados não sustentam o senso comum da literatura crítica à judicialização da política, de que o STF estaria substituindo o papel do legislativo federal, ou ainda, que estaria sistematicamente derrubando as leis aprovadas pelos detentores de mandatos eletivos. (POGREBINSCHI, 2012, p. 110).

A despeito das competentes investigações empíricas sobre o STF descritas acima, ao centrar esforços em torno da judicialização da política, os estudos não coletaram dados sobre os interesses dos governos na procedência ou

improcedência das ações. Tampouco há, no universo de estudos empíricos da judicialização da política, grande preocupação em mensurar a variação dos casos julgados ao longo de determinados governos, dado que será de extrema relevância para o desenvolvimento desta tese.

1.2.4 Judicialização da política: uma expressão ambígua

A “judicialização da política” é uma expressão polissêmica⁵⁶ que pode ser encontrada na literatura jurídica e de ciência política com variadas formas⁵⁷ e sentidos,⁵⁸ ora enfatizando o uso do Poder Judiciário como arena de disputas políticas – destacando a migração de temas de natureza política que, abandonando a arena legislativa, passam a ser debatidos na arena judiciária –, ora descrevendo o efeito de decisões proferidas pelo STF em temas de grande repercussão social.

Em decisão que recolocou o STF em evidência no cenário político, o recente julgamento da ADPF 378 (proposta pelo PCdoB questionando atos da presidência da Câmara dos Deputados sobre o procedimento de *impeachment* da presidente da República),⁵⁹ trouxe à pauta, novamente, a judicialização. E também reacendeu a polêmica em torno de seu sentido: duas semanas após a decisão que anulava atos da mesa diretora da Câmara dos Deputados, Werneck Vianna publicou artigo⁶⁰ de

⁵⁶ Parte das ideias aqui expostas são apresentadas com maior profundidade na dissertação de mestrado intitulada “*A Judicialização da política como meio de participação democrática – Uma abordagem teórica para a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira*”. (ROMANELLI, 2012).

⁵⁷ Um excelente inventário de expressões relacionadas à judicialização pode ser encontrado na tese de Carlos Augusto Silva, que enumera os termos que povoaram o léxico da relação entre o Poder Judiciário e a política nos clássicos da literatura jurídica, e.g.: judiciarismo, judiocracia e juridicização do fato político (SILVA, 2004, p. 79-80). À lista de expressões colhidas pelo autor, poder-se-ia somar ainda mais algumas, como ‘supremocracia’ (VIEIRA, 2008, p. 441-463), juridificação da política (NOBRE, 2008, p. 82) e politização do judiciário (FEREJOHN, 2002; TAYLOR, 2007, p. 3).

⁵⁸ Dentre os trabalhos que se dedicaram à análise dos sentidos da judicialização da política destacam-se: MACIEL e KOERNER (2002) e Carvalho e Marona (2010). O primeiro realiza uma resenha comparativa de duas obras [“Ministério Público e política no Brasil”, de Rogério Bastos Arantes (2002), e “A democracia e os três poderes no Brasil”, organizado por Luiz Werneck Vianna (2002)], o segundo realiza um balanço de final de década, constatando as dificuldades semânticas com a falta de consenso em torno dos sentidos para a expressão nos trabalhos acadêmicos.

⁵⁹ ADPF 378, de relatoria do Min. Luiz Edson Fachin, julgada em 17 dez 2015.

⁶⁰ O artigo foi intitulado “*O pontificado laico e a república*” (VIANNA, 2016), publicado no dia 03 de janeiro de 2016. Cumpre salientar o risco de possível viés partidário na crítica. Em consulta ao sítio eletrônico do PMDB, consta que Werneck Vianna participou em 2012 da comissão responsável pela elaboração do Programa Partidário do PMDB, conforme informação disponível em <<http://pmdb.org.br/institucional/programa-partidario/>>. Isto não desprestigia a qualidade da análise

opinião n'O Estado de São Paulo, tecendo críticas ao resultado do julgamento, afirmando que a interferência do STF nas questões políticas evidenciava que *"não há mais limites para a patológica judicialização da política reinante entre nós"*. (VIANNA, 2016). Uma vez mais, a judicialização era associada a uma doença das instituições pátrias.

O texto se referia à decisão ter "reorganizado" as questões políticas, afirmando que *"[C]om sua intervenção sobre os ritos a serem obedecidos no processo de tramitação do processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal atravessou o Rubicão"*. (VIANNA, 2016).

O sentido do termo judicialização utilizado por Vianna reacendeu a polêmica em torno da semântica, como se lê na crítica pouco sutil de Lênio Streck:

De pronto, penso que Werneck Vianna mais se refere ao ativismo judicial do que propriamente à judicialização da política. E se sua crítica se limitar a essa parte específica da "política", penso que fica de fora a maior parte do problema. O problema do ativismo é muito maior do que da judicialização. Isto porque Werneck coloca ativismo e judicialização no mesmo patamar ou não faz diferença entre os dois. (STRECK, 2016).⁶¹

Tendo em vista que Werneck Vianna é um dos pioneiros a ter tratado da judicialização no Brasil (VIANNA *et al.*, 1999), seu artigo evidencia que *"temos um problema para conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política"*, como bem diagnostica Ernani Carvalho (2004, p. 122).

Assim como na história norte-americana, a história brasileira também traz várias críticas sobre a 'interferência' do Poder Judiciário nas questões de governo. Entretanto, muitas das definições no Brasil confundem causas e efeitos, pois mesmo sem uma justificativa causal para o processo de expansão do poder judicial, a literatura avança a uma suposta caracterização das condições institucionais para a judicialização que mistura resultados e condições em uma mescla de fatores

do autor, mas é um indício de que há o risco de um viés favorável ao *impeachment*. Não obstante, ampliando a indeterminação do comentário, cabe destacar que o PMDB não apresenta um conjunto coeso de preferências com relação ao *impeachment*, eis que tanto agrega grupos favoráveis quanto contrários ao governo. (LIMA e DIAS, 2015).

⁶¹ A distinção entre ativismo e judicialização da forma como posta por Lênio Streck nos parece inadequada para este estudo. Como já dito sobre o ativismo – e, mais adiante, sobre a judicialização da política –, ambas são expressões polissêmicas que não permitem descrever o comportamento do STF e os mecanismos de suas relações com governos.

relacionados ao aumento da litigância processual, levando à formação de “*um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política*”. (CARVALHO, 2004, p. 122).

No dizer de Carvalho e Marona, haveria duas correntes com pontos de partida bastante distintos, uma sociológica, outra de cunho institucional:

Parece que há duas preocupações distintas a guiar as análises acerca do fenômeno: uma, de cunho mais sociológico, que toma a judicialização como consequência de um processo de modificação social a alterar às relações entre Estado e Sociedade Civil, fazendo do Judiciário um local adequado para promoção da cidadania; outra, de cunho institucional, preocupada em observar as relações interinstitucionais, que toma a judicialização como consequência de um conjunto de ações estratégicas, desenvolvidas no interior do Estado. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 14).

Das expressões mencionadas,⁶² várias carregam em si uma carga negativa, de crítica à atuação do Poder Judiciário, ora com contornos de ditadura de uma aristocracia togada⁶³ (governo dos juízes, judiciarismo, judiocracia, supremocracia), ora com nuances menos severas, mas ainda como anomalias na relação entre os Poderes do Estado (expansão e politização do Judiciário).

Uma das críticas habituais à judicialização está relacionada ao déficit democrático do Judiciário, eis que, não havendo eleição de seus membros, seria um poder da República não representativo da vontade popular. Tal crítica é ilustrada por Matthew Macleod Taylor, que evidencia a percepção pública de que a atuação política dos tribunais seria indevida: “*A crescente judicialização e o consequente crescimento do impacto judicial em quase todo o mundo trouxeram consigo [...] uma*

⁶² O adjetivo judicializar pode ser entendido naturalmente como transformar algo em processo judicial. No campo do direito há palavras específicas utilizadas para descrever a apresentação de uma demanda em juízo, como ‘aforar’ (levar ao foro judicial) ou ainda ‘jurisdicionarizar’ algo (levar à jurisdição). ‘Jurisdicionarização da política’ seria, talvez, expressão mais palatável aos juristas, avessos ao uso do adjetivo judicial. (ROMANELLI, 2012).

⁶³ Ran Hirschl (2004b) indica que, dadas algumas condições institucionais e políticas, a magistratura pode ser cooptada para server como instrumento na manutenção de privilégios. Eis os critérios enumerados: “*Hegemonic elites and their political representatives are likely to initiate and carry out a delegation of power to the judiciary (a) when they find strategic drawbacks in adhering to majoritarian decision-making processes or when their worldviews and policy preferences are increasingly challenged in such arenas; (b) when the judiciary in that polity enjoys a better reputation than the political regime for its rectitude, professionalism, and impartiality; (c) when sociopolitical elites who delegate power to the courts enjoy general control over legal education and judicial appointment processes; and (d) when the courts in that polity are inclined to rule in accordance with secularist ideological and cultural propensities*”. (HIRSCHL, 2004b, p. 9).

crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos 'legisladores não-eleitos'". (TAYLOR, 2007, p. 249).

No mesmo sentido, afirma Luís Roberto Barroso:

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2008, p. 19).

Novamente, encontra-se aqui a concepção de que haveria disfunções na dinâmica institucional (patologias, *malaises*, que partem da premissa de que se estaria fora do ponto de equilíbrio, do ideal a ser alcançado) e como já expostas, não contribuem para o presente estudo. Entretanto, diferente do ativismo – em que o culpado pela enfermidade institucional são os próprios magistrados – a judicialização seria sintoma de uma falha na sociedade, que não consegue encontrar outros mecanismos de solução de conflitos que não o Judiciário.

Abordando o fenômeno pela ótica dos magistrados, Maria Tereza Sadek (2011, p. 1) elaborou um perfil da magistratura brasileira na qual conclui que “*de figura acanhada, e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes da política nacional.*” Munida das estatísticas colhidas pelo Conselho Nacional de Justiça, Sadek afirma que é fato que os magistrados têm deixado de tratar apenas de situações circunscritas à resolução de disputas entre partes e passando a arbitrar questões relacionadas a problemas de política pública e a temas que dizem respeito às coletividades. (SADEK, 2011, p. 2).

Maria Tereza Sadek (2011, p. 2) destaca que a ascensão institucional do Poder Judiciário o tem colocado em situação estratégica, tanto na proteção dos direitos individuais e coletivos quanto no controle das políticas públicas e dos poderes constituídos, dando ao Supremo Tribunal Federal, em particular, uma posição de proeminência em relação aos outros poderes da República, como se constata dos seus julgados que determinam os limites de atuação de estruturas do Poder Legislativo, como nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Marcus Faro de Castro, em levantamento sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata: “*A análise dos acórdãos do tribunal revela que também a*

produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo sobre a implementação de políticas públicas". (Castro, 1997, p. 153).

Ao longo das décadas seguintes, a expressão tomou destaque nos estudos comparativos sobre o Poder Judiciário, com a publicação de coletâneas sobre a crescente importância dos magistrados e cortes constitucionais no período de redemocratização do Brasil, demais países latino-americanos e países emergentes.⁶⁴

Parte expressiva dos trabalhos empíricos realizados sobre a judicialização da política no Brasil teve como método observar dados sobre os julgamentos das ações de controle abstrato de constitucionalidade no STF⁶⁵ (VIANNA *et al.* 1999, OLIVEIRA, 2005, TAYLOR, 2007 e 2008, TAYLOR e DA ROS, 2007, POGREBINSCHI, 2012). Outros estudos observaram a atuação estratégica de alguns atores em face do STF, como o Ministério Público (ARANTES, 1997, 1999, 2005; CARVALHO e LEITÃO, 2010), a Ordem dos Advogados do Brasil (CARVALHO, BARBOSA e GOMES NETO, 2014), os partidos políticos (TAYLOR e DA ROS, 2008) e governadores (TOMIO e ROBL, 2013; CAMARGO, 2014).

Como vimos, ao propor explicações para um fenômeno social abrangente, mas sem disponibilizar parâmetros para mensurar de forma operacional a relação entre governos⁶⁶ e cortes constitucionais, a **judicialização da política** não permite avançar no argumento que se pretende desenvolver.

⁶⁴ Ver DOMINGO, 2000, sobre o papel da corte constitucional Mexicana, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN); HELMKE, 2002, sobre a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) da Argentina; FIGUEROA e TAYLOR, 2006, em estudo comparativo do STF e a SCJN mexicana; KAPISZEWSKI, 2006, 2011, 2012, em comparativo do STF e da CSJN argentina; TAYLOR, 2008 e BRINKS, 2011 sobre o STF; TOMIO *et al.*, 2014, em comparativo de Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal. Mais recentemente, há um esforço comparativo entre as cortes constitucionais de alguns integrantes dos BRICS, como Brasil, Índia e África do Sul (VIEIRA, BAXI e VILJOEN, 2013) ou, de modo ainda mais amplo, Poder Judiciário em países emergentes (KAPISZEWSKI, SILVERSTEIN, KAGAN, 2013).

⁶⁵ As ações de controle abstrato de constitucionalidade previstas no art. 102 da Constituição Federal são: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI e, por omissão, ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A primeira (ADI) ocorre com mais frequência que as demais, sendo ADC incluída pela EC n. 03 de 1993 e a ADPF servindo ao propósito de questionar a recepção na nova CF de legislação anterior a 1988, assim como forma de alcançar legislação municipal – que, ordinariamente, está sujeita a controle de constitucionalidade em face da respectiva Constituição Estadual.

⁶⁶ Como afirma com precisão Marcos Nobre, a expressão "judicialização da política" pode ser considerada equivocada para tratar das relações interinstitucionais porque "*ênfatiza unicamente a*

1.3 DISTENSÕES INSTITUCIONAIS: COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS À POLÍTICA

Não há decisão do STF que não seja aplaudida, contestada, criticada. E um dos pontos centrais do debate é justamente o do estabelecimento dos limites de uma corte constitucional e de seu papel no sistema político em sentido amplo. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011, p. 18).

Rotular cortes constitucionais como ativistas, ou ainda mensurar níveis de judicialização da política, pouco têm a acrescentar nos estudos da relação entre governos e cortes constitucionais. Isto porque, ao concentrar suas atenções nos dados dos julgamentos das cortes de forma dissociada do comportamento de outros atores, faltam elementos para reconstituir os dados que influíram na tomada de decisões – decisões estas, imbuídas de grande significado político.

O papel das cortes constitucionais em regimes democráticos não parece mensurável de forma autônoma. É necessário contextualizar as cortes, tratando-as como inseridas no regime das forças que disputam o poder político, dentro do jogo democrático. Neste sentido, os conceitos de “ativismo judicial” e “judicialização da política” induzem pontos de vista dicotômicos que não são hábeis para ultrapassar uma concepção rígida de separação de poderes. Neste sentido, Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez argumentam que ambas as expressões estão imbuídas de uma concepção de política e democracia restrita ao Poder Legislativo:

Só faz sentido falar em “judicialização da política” ou em “ativismo judicial” tendo por padrão uma teoria normativa da política que se apoia em uma concepção bastante particular da separação de poderes em um Estado de direito. Dessa perspectiva, embora aparentem ser ideias bastante diferentes entre si, “judicialização da política” e “ativismo judicial” são como lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria “invadida” pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio “invasor”. Nesse caso, a ligação entre os dois momentos está posta em uma visão em que o Legislativo deve ser o centro vivo de um Estado Democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto seu real ativista. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011, p. 7).

decisão judicial, quando o essencial (...) está na tradução de demandas em termos jurídicos, de modo que a sua solução é apenas um elemento do processo”. (NOBRE, 2008, p. 82).

Adiante, propõe-se ser possível identificar atos de cooperação das cortes constitucionais em regimes democráticos que levam a uma resignificação do que, visto de forma isolada, é equivocadamente percebido como ativismo ou judicialização. Adicionando elementos de cooperação, pode-se aferir as distensões institucionais existentes nas relações entre cortes constitucionais e os interesses governamentais. Dito de outra forma trata-se de incluir o STF na política, não como demérito ou deslegitimação da sua autoridade jurídica, mas para observar as relações e estratégias que a Corte e seus ministros travam com os demais poderes políticos.

Os estudos apresentados adiante têm como semelhança a inserção das cortes constitucionais como parte integrante de um ambiente político amplo, no qual a existência e fortalecimento do poder do Judiciário é explicado como consequência do cálculo e vontade das forças políticas envolvidas.

1.3.1 A Justiça como força contramajoritária

Mas o juiz americano é levado, contra sua vontade, ao terreno da política [...]. Fechado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis forma ainda uma das maiores barreiras que jamais foram erguidas contra a tirania das Assembleias políticas.⁶⁷ (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

Na frase em epígrafe, Alexis de Tocqueville descreve, em 1835, uma das principais funções do Poder Judiciário no desenho institucional norte-americano: o de ser uma barreira contra a “tirania” da maioria política. Cumpriria ao Judiciário atuar como “força contramajoritária”, corrigindo e impedindo excessos das majorias e uma legislatura perigosamente radicalizada.

Tal atuação contramajoritária foi expressamente apresentada pelos defensores do desenho constitucional norte-americano como uma das virtudes da Constituição, o papel da Suprema Corte nas engrenagens⁶⁸ da máquina

⁶⁷ Tradução livre do original: "*Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique [...]. Renserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des Assemblées politiques*". (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

⁶⁸ No sistema político norte-americano, o Judiciário é referido como um dos três troncos/galhos do governo ("*three government branches*"). Neste modelo, descrito em detalhes nos artigos

governamental foi concebido como um freio aos excessos da democracia. (HAMILTON, 1961).

As raízes da concepção da corte constitucional norte-americana como um "freio contramajoritário" são evidenciadas em pesquisas históricas que encontram na gênese do órgão de cúpula do Poder Judiciário uma forte desconfiança com relação à vontade da maioria. Ao abordar o surgimento da Suprema Corte, Ernani Carvalho (2007) afirma que a fórmula institucional da Constituição norte-americana tratou-a como órgão político, que ao lado do Senado e do aumento do poder de veto do Poder Executivo, *"constituíram-se nos mais eficientes mecanismos institucionais de freios e contrapesos ao poder da maioria"*. (CARVALHO, 2007, p. 164).

Tais mecanismos serviam para se contrapor ao poder da maioria (representado nas assembleias estaduais e na câmara dos representantes). Assim, a Suprema Corte era organizada como uma instituição próxima ao poder central que pudesse mitigar a liberdade das Assembleias Estaduais, fortemente independentes.⁶⁹

Carvalho destaca que, após a Revolução Americana de 1776, boa parte dos comerciantes e produtores rurais foram levados ao endividamento, e que esta "classe dos devedores" pressionava Assembleias Legislativas por meio das Assembleias comunais em busca de meios para solver seus débitos. Assim, de 1780

Federalistas (Hamilton, Jay e Madison [1797] 1961) a distância que separa os ramos é menor do que a tradição dos três poderes de Montesquieu, favorecendo a aceitação de que a Suprema Corte participe das formulações de políticas públicas (*policy*), resolvendo disputas intra-governamentais, eis que os ramos fazem parte de uma mesma árvore que compõe o governo (Executivo, Legislativo e Judiciário). Tecendo críticas a esta metáfora, por conta da expansão do Executivo e suas inúmeras ramificações e agências, Rubin (2002, p. 57) propõe que metáfora da árvore e seus troncos (*branches*) seja substituída pela metáfora de um rizoma, estrutura biológica de plantas cujos brotos podem ramificar-se em qualquer ponto e desempenhar funções (raiz, bulbo, broto) diferentes de acordo com a necessidade do organismo. Ainda segundo Rubin (2002, p. 58), conforme a teoria filosófica de Gilles Deleuze e Félix Guattari um rizoma seria a melhor forma de descrever as relações de rede e interdependência existentes no tecido social, afastando a visão tradicional de estruturas compartimentadas e hierarquizadas.

⁶⁹ Ernani Carvalho narra que na América pós-revolucionária *"existia um entusiasmo excessivamente ardoroso em prol da liberdade que foi facilmente revertido em autonomia pelas ex-colônias. Um dos casos mais famosos, constante da bibliografia histórica da época, demonstra claramente como o radicalismo empunhado por algumas Assembleias Legislativas no pós-revolução acelerou a discussão sobre a criação de uma federação. O caso do estado Rhode Island foi exemplar. A Assembleia Legislativa desse estado, além de não enviar nenhum delegado para a convenção continental de 1787, também não concordou em transferir para o Congresso interestadual 5% das taxas alfandegárias sobre produtos industrializados. A estrutura institucional da confederação norte-americana atentava, basicamente, para dois princípios: o poder era descentralizado e estava na periferia. Este poder concentrava-se, sobretudo, nos legislativos populares"*. (CARVALHO, 2007, p. 163-164).

a 1790, como consequência política da instabilidade econômica, várias Assembleias Legislativas estaduais adotaram as bandeiras políticas da “classe de devedores”, com um programa⁷⁰ de perdão de dívidas e abolição de tributos, bem como tornando ineficaz a cobrança judicial dos credores.

Os devedores e seus representantes formaram maiorias políticas que ocuparam o espaço da Administração Pública, transformando a arena decisória dos legislativos estaduais em câmaras de obstáculos às execuções judiciais. Os credores nada podiam, em face do poder político local. Esse cenário gerou uma descrença no sistema institucional vigente, principalmente entre os credores, e elevou o temor em torno da possibilidade de um despotismo legislativo. Ainda de acordo com Carvalho (2007, p. 165), foi nesse ambiente de conturbação institucional que as teses federalistas⁷¹ ganharam peso e apoio.

Para os federalistas, a União deveria ser dotada de força suficiente para controlar os efeitos das facções, como destaca Ernani Carvalho transcrevendo James Madison:

Uma das principais argumentações utilizadas pelos federalistas para justificar a institucionalização de mecanismos que controlassem o poder da maioria foi a necessidade de conter a violência e o facciosismo. “Entendo como facção um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade”

Para Madison, as causas do facciosismo não podiam ser “extirpadas do convívio social”; portanto, a única alternativa seria buscar meios para controlar seus efeitos. O remédio, de seu ponto de vista, seria a

⁷⁰ Para ilustrar com precisão o fato histórico, Carvalho transcreve trechos da obra do jurista argentino Roberto Gargarella que narra a eleição de Jonathan Hazard ao governo do Estado de Rhode Island: “*En este sentido, el caso más destacado fue el de Rhode Island, donde el amplio grupo de los deudores llegó directamente a controlar el gobierno del estado. En efecto, en 1786 los deudores eligieron a Jonathan Hazard (quien actuaba como su principal portavoz) como gobernador de Rhode Island. Su programa de gobierno consistía casi íntegramente en medidas tendentes a aliviar los problemas de la deuda, que comenzaron a ser aplicadas tan pronto como Hazard accedió al poder. En Rhode Island, no sólo se emitió moneda, sino que se dispusieron multas para aquellos que se negasen a aceptar dicho circulante. Más aún, se estableció que los jueces debían convocar públicamente a los acreedores que se negasen a recibir la nueva moneda, y dar las obligaciones por canceladas, en caso de que aquéllos persistiesen en su negativa*”. (GARGARELLA, 1996, p. 23, *apud* CARVALHO, 2007, p. 164).

⁷¹ Em 27 de outubro de 1787 foi publicado o primeiro artigo federalista no *Independent Journal* de Nova York. Nele, Alexander Hamilton escreveu sob o nome *Publius*, pseudônimo utilizado nos 85 artigos publicados por ele (52 artigos), James Madison (28 artigos) e John Jay (5 artigos).

Constituição de uma efetiva união dos Estados (uma federação). (CARVALHO, 2007, p. 164).

A estabilidade institucional (governabilidade) era a grande preocupação de Madison e o crescente temor das decisões tomadas pelas Assembleias estaduais teria intensificado tais preocupações.

Como remédio contra tal maioria irracional, a estrutura institucional idealizada nos artigos federalistas aperfeiçoava⁷² os ensinamentos de Montesquieu, propondo instrumentos de controle mútuo entre os poderes.

A ideia central era que as inovações propostas gerassem uma maior centralização do poder, fortalecendo a “supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava”. (CARVALHO, 2007, p. 165). Do ponto de vista prático, a intenção era que as instituições de veto (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado) estabelecidas no Congresso de Filadélfia atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo e a uma possível ditadura da maioria.

1.3.2 A dificuldade contramajoritária

A questão do papel contramajoritário também é formulada em termos de uma dificuldade, na qual a atuação contramajoritária estaria em desconformidade com critérios democráticos.⁷³ Barry Friedman (2002) defende que a conceituação da Suprema Corte como uma instituição contramajoritária levou a críticas da literatura quanto à legitimidade democrática das decisões da corte, o que é conhecido na

⁷² Vale mencionar uma distinção importante entre a posição defendida nos artigos federalistas e as ideias de Montesquieu. Para este, a necessidade de cidadãos virtuosos tornaria inviável a existência de repúblicas democráticas em grandes nações. Entretanto, para os federalistas, na grande extensão territorial dos EUA residiria a vantagem de coexistirem múltiplas facções, de tal modo que seu equilíbrio na disputa pelo poder evitaria a formação de uma maioria tirânica, fortalecendo a república.

⁷³ Das principais decisões que fizeram surgir questões sobre a dificuldade contramajoritária, vale citar *United States v. Carolene Products*, de 1938, que desenvolveu incidentalmente (em nota de rodapé) a teoria de falha legislativa, estabelecendo 3 níveis de cognição (*strict-scrutiny*, *middle-tier scrutiny* e *rational basis scrutiny*) que alteram a distribuição do ônus da prova do Estado para que justifique se uma legislação pode ou não ser utilizada para restringir direitos de minorias. O critério do ônus da prova mais rígido (*strict-scrutiny*) é o adotado para que o Estado justifique a manutenção de legislação que atinja indivíduos por conta de critérios raciais, religiosos ou de origem nacional. No caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o critério de *strict-scrutiny* adotado foi fundamental para legitimar a Corte a decidir de forma contrária à vontade legislativa. (VIOLIN, 2011, p. 68; FRIEDMAN, 2002, p. 75-85; COVER, 1982, p. 5).

doutrina como a dificuldade contramajoritária.⁷⁴ (BICKEL, 1962; KAHN, 1994; FRIEDMAN, 1993, 1998 e 2002) ou dificuldade não-majoritária.⁷⁵ (GRABER, 1993).

Nesta ótica, embora o controle de constitucionalidade seja reconhecido como um mecanismo para impedir que mudanças desejadas por uma eventual maioria legislativa subtraia direitos das minorias (como, por exemplo, o direito à propriedade privada), a “dificuldade” reside na falta de legitimidade para que um grupo pequeno de magistrados possa se contrapor a atos elaborados dentro das regras da democracia representativa, por meio de legisladores representantes da vontade da maioria.

A dificuldade contramajoritária, apresentada por Barry Friedman como “o problema central dos estudos constitucionais” (FRIEDMAN, 1993, p. 577), foi formulado⁷⁶ por Alexander Bickel em obra de 1962 que buscava argumentos para justificar o estabelecimento desse instrumento antidemocrático.⁷⁷ *“A raiz da dificuldade reside no fato de que o controle de constitucionalidade é uma força contramajoritária no nosso sistema. Há várias formas de se esquivar dessa realidade inelutável. Marshall adotou uma delas quando afirmou exercer, em nome do ‘povo’, os freios institucionais que o próprio povo teria estabelecido para um governo limitado”*.⁷⁸ (BICKEL, 1986, p. 16).

⁷⁴ Tradução livre do original: “*countermajoritarian difficulty*” (FRIEDMAN, 1993 e 1998).

⁷⁵ Tradução livre do original: “*nonmajoritarian difficulty*” (GRABER, 1993).

⁷⁶ De acordo com Friedman, 1993, a expressão dificuldade contramajoritária (“*countermajoritarian difficulty*”) já havia sido utilizada em 1893 em artigo de James B. Thayer (“*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” Harv. L. Rev v. 129, 1893, *apud* FRIEDMAN, 1993, p. 577). Entretanto, a formulação teórica do problema na teoria constitucional é inaugurada por Alexander Bickel em 1962. Desde a publicação da obra de Bickel em 1962, constitucionalistas norte-americanos têm se preocupado – ou até mesmo desenvolvido obsessão – com a necessidade de conferir legitimidade ao controle de constitucionalidade. (FRIEDMAN, 1993, p. 578).

⁷⁷ A expressão aqui se refere a uma concepção bastante estreita de Democracia. Como evidenciaremos mais adiante, não consideramos a existência de uma corte constitucional como um instrumento antidemocrático, mas como parte fundamental na guarda dos valores democraticamente consolidados na carta constitucional. Sobre o tema, ver ROMANELLI, 2012. Entretanto, vale notar que no Brasil, em nossa experiência constitucional recente não tivemos uma atuação contramajoritária conservadora, como a da Corte norte-americana na era Lochner. Desta forma, talvez por isso nos pareça mais natural dar suporte à atuação contramajoritária do STF.

⁷⁸ Tradução livre do original: “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of ‘the people,’ the limits that they have ordained for the institutions of a limited government*”. (BICKEL, 1986, p. 16).

Entretanto, Bickel indica que a palavra povo (“*people*”) utilizada pelo *Chief Justice* Marshall não passaria de uma abstração “*obscurecendo a realidade de que quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo (...), age frustrando a real vontade dos representantes do povo do presente momento, aqui e agora, exercendo controle, não em nome da prevalecente maioria, mas contra ela*”.⁷⁹ (BICKEL, 1986, p. 16-17).

Essa forma de abordar o controle de constitucionalidade como um controle contramajoritário e antidemocrático⁸⁰ levou Alexander Bickel a pregar uma moderação por parte dos membros da corte. Como aponta Bruce Ackerman, Bickel passou a ser reverenciado como porta voz oficial (“*spokesman-in-chief*”) de uma escola de pensamento que enfatiza a importância da autocontenção judicial, tendo como referências históricas o (mau) exemplo da Suprema Corte da Era *Lochner* e seus conflitos com o *New Deal* do presidente F. D. Roosevelt:

Para juízes e advogados a “dificuldade contramajoritária” se refere à longa e fútil batalha jurídica da velha Corte contra o New Deal. Para eles, o aviso de Bickel reforçou a impropriedade de se usar a Constituição como arma do capitalismo liberal do *laissez-faire* contra o controle popular. Da mesma forma, a obra “*The Least Dangerous Branch*” sintetiza as questões em debate por décadas na Academia jurídica norte-americana: a de que devemos de alguma forma transcender a visão dos autores da Constituição se quisermos fazer a nossa Constituição atender às necessidades de uma sociedade democrática moderna.⁸¹ (ACKERMAN, 1984, p. 1014-1015).

⁷⁹ Tradução livre do original: “*obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act (...), it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it*”. (BICKEL, 1986, p. 16-17).

⁸⁰ Sobre a desconfiança original da vontade majoritária nos artigos federalistas (em especial por Alexander Hamilton no *Federalist* n. 78 e James Madison no *Federalist* n. 10), demonstrando a necessidade de magistrados vitalícios para servirem de barreira contra a opressão do corpo representativo e os humores ocasionais na sociedade, ver Thomas Marshal (2008, p. 181).

⁸¹ Tradução livre do original: “*For judges and lawyers, the ‘countermajoritarian difficulty’ recalled the Old Court’s long, and ultimately futile, judicial struggle against the New Deal. For them, Bickel’s warning reinforced the impropriety of using the Constitution as laissez-faire capitalism’s ultimate weapon against popular control. Similarly, The Least Dangerous Branch expressed the central legal conclusion toward which the American academy had been struggling for generations: that, somehow or other, we must transcend the Framers’ vision if we are to make our Constitution fit the needs of a modern democratic society*”. (ACKERMAN, 1984, p. 1014-1015).

Para Friedman as críticas à Corte sobre sua falta de legitimidade democrática (a dificuldade contramajoritária)⁸² é fruto de períodos em que há percepção de desequilíbrio entre os poderes, com a supremacia judicial. A questão pode ser sintetizada da seguinte forma: na concepção de regime democrático adotada por Friedman (que exigiria responsividade à vontade popular), como explicar um ramo do governo cujos membros não estão sujeitos ao controle popular, mas ainda assim têm o poder de derrubar decisões populares? (FRIEDMAN, 1998, p. 335-336). Nestes termos, haveria um conflito insolúvel entre Democracia e controle de constitucionalidade.

1.3.3 O *judicial review* como atividade política

Como indica Friedman em outro artigo (1993), o impasse em torno da dificuldade contramajoritária reside na concepção de democracia como majoritarianismo. Com este modelo, o controle de constitucionalidade equivaleria a uma aberração, uma instituição deslocada e fora do padrão democrático: “O majoritarianismo era para Bickel o coração de um governo democrático. **Sem majoritarianismo não poderia haver consenso; sem o consenso, não haveria legitimidade.** Como as Cortes interferem na vontade da maioria, o controle de constitucionalidade seria uma ‘instituição desviante’”.⁸³ (FRIEDMAN, 1993, p. 587, sem destaques no original).

⁸² Friedman tece argumentos teóricos para contestar a visão contramajoritária, atacando as premissas de que **a)** seria possível identificar uma vontade da maioria que é representada pelos detentores de mandato eletivo e contestando **b)** a visão de que a decisão judicial é final e, portanto, contrária à vontade majoritária: “*The countermajoritarian difficulty rests on two premises: that the bedrock principle of constitutional government is accountability to the people, and that judicial review conflicts with this principle. Although each of these ideas contains some truth, both are seriously flawed as foundations for the countermajoritarian difficulty. Each rests on an assumption that is highly contestable. These assumptions are, respectively, that there exists a “majority” whose will is represented by government decisions and that judicial decisions are “final” and thus trump the will of that majority.*” (FRIEDMAN, 1993, p. 628-629).

⁸³ Tradução livre do original: “*Majoritarianism was, for Bickel, the heart of democratic governance. Without majoritarianism there was no consent, and without consent no legitimacy. Because courts interfered with the will of the majority, judicial review was a ‘deviant institution’.*” (FRIEDMAN, 1993, p. 587).

Para escapar do impasse, Friedman propõe uma mudança⁸⁴ na visão de governo democrático, sugerindo que as cortes devem passar a ser vistas como parceiras no processo constitucional norte-americano:

O debate majoritário-contramajoritário é descritivamente inadequado. Isso porque ele centra a discussão de forma desnecessária e inapropriada na questão da legitimidade judicial. **Devemos ver os tribunais como parceiros iguais [aos demais Poderes] no processo constitucional norte-americano, diferentes em sua própria maneira, mas certamente não ilegítimos.** Ao ultrapassar a dicotomia majoritário-contramajoritário, é possível perceber os tribunais como mais parecidos com o resto do governo do que poderíamos imaginar, bem como vislumbrar diferenças que não havíamos considerado anteriormente.⁸⁵ (FRIEDMAN, 1993, p. 581, sem destaques no original).

Mark Graber também rebate as críticas com relação à falta de legitimidade do controle de constitucionalidade, mas seu argumento para desconstituir a dificuldade não-majoritária é desenvolvido pela via dos resultados, isto é, observando que, na história constitucional norte-americana, após casos em que a Suprema Corte invalidara legislação aprovada de forma majoritária pelo legislativo, teriam sido pouco frequentes⁸⁶ os episódios de retaliação ou resposta política. Graber defende

⁸⁴ De acordo com Barry Friedman (1993, p. 585), a solução proposta Bruce Ackerman em “*We the People. Foundations*”, de 1991 foi a construção de uma elegante teoria da soberania popular permanente, de forma que a voz do povo seja continuamente ouvida para emendar a Constituição. “*According to that theory, the people’s voice is sovereign and can be heard in one of two ways: either through the operation of ordinary politics, or during periods of extreme mobilization of the people. Ackerman’s view is that periods of extreme mobilization in effect amend the Constitution. Thus, courts are justified in following the voice of the people over ordinary politics when - and only when - such extreme mobilization occurs*”. (FRIEDMAN, 1993, p. 585). Entretanto, indica que a proposta de Ackerman é uma forma de se manter preso à necessidade de legitimar as cortes constitucionais nos moldes formulados por Bickel, restringindo-se ao problema da dificuldade contramajoritária: “*In setting out his dualist theory, therefore, Ackerman reveals that he too is caught up in the need to legitimize courts and solve (or, as he says, “dis-solve”) the countermajoritarian difficulty*”. (FRIEDMAN, 1993, p. 585).

⁸⁵ Tradução livre do original: “*The majoritarian-countermajoritarian debate is descriptively inaccurate, and it unnecessarily and inappropriately focuses discussion on the question of judicial legitimacy. We ought to view courts as equal partners in the American constitutional process, different in their own way, but certainly not illegitimate. Once we get beyond the majoritarian-countermajoritarian dichotomy we are likely to find courts in some ways more like the rest of government than we thought, and different in ways we failed to consider*”. (FRIEDMAN, 1993, p. 581).

⁸⁶ Alguns dos casos de *backlash* contra decisões da Suprema Corte norte-americana geraram grande comoção pública. Após a decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, que determinou a desegregação racial nas escolas públicas, certos conselhos de educação locais deliberadamente ignoraram a decisão, continuando a recusar a matrícula de estudantes negros em suas escolas segregadas. Em 1957, forças do exército foram mobilizadas para escoltar nove crianças negras que haviam se matriculado na *Little Rock Central High School*, na cidade de Little Rock, no Estado do Arkansas, mas que haviam sido impedidas de entrar no prédio pela guarda do Estado, sob

que a “dificuldade contramajoritária” não se verifica de fato na relação da Corte com os detentores de mandato eletivo, pois o Legislativo tende a aceitar – com deferência – as decisões do Judiciário. (GRABER, 1993, p. 61).

No campo dos estudos empíricos, William Mishler e Reginald Sheehan pesquisaram o impacto da opinião pública nas decisões da Suprema Corte norte-americana de 1956 a 1989, encontrando evidências, na maior parte do período, de uma relação positiva e recíproca entre tendências de longo prazo na opinião pública e as decisões da corte, verificando alterações na tendência ideológica da Corte mesmo sem alterações em sua composição:

Análises temporais para o período de 1956-1989 indicam a existência de uma relação recíproca e positiva entre as tendências de longo prazo na opinião pública e decisões coletivas da Corte. A composição ideológica da Corte muda em resposta às mudanças anteriores na orientação partidária e ideológica do presidente e do Congresso. A Corte também responde marginalmente à opinião pública, mesmo sem a ocorrência de alteração de seus membros.⁸⁷ (MISHLER e SHEEHAN, 1993, p. 88).

Entretanto, a partir de 1981, as posições da Corte e a opinião pública passaram a estar em direções opostas, indicando um rompimento no balanço ideológico da corte, possivelmente causado por uma sequência de indicações de membros conservadores a moderados:

Desde 1981, a relação desapareceu ou se tornou negativa em direção. O equilíbrio ideológico da Corte tem sido perturbado por uma cadeia ininterrupta de nomeações de tendências conservadoras e moderadas, comprometendo assim a dinâmica que promove a responsividade judicial e

ordens do governador. (KLARMAN, 2007, 2011 e LIMA, 2015). Outro caso rumoroso é o *Roe v. Wade*, de 1973, que definiu um quadro constitucional para o direito de interrupção voluntária de gravidez. Recentemente, o Estado do Texas aprovou lei que retirava subsídios públicos de clínicas que realizassem abortos, inviabilizando seu financiamento como manobra para rejeitar a interrupção voluntária de gravidez em seu território. O caso foi julgado recentemente pela Suprema Corte, que declarou por 5 votos a 3 a inconstitucionalidade da legislação texana (decisão de 27.06.2016).

⁸⁷ Tradução livre do original: “*Time series analyses for the period 1956-89 indicate the existence of a reciprocal and positive relationship between long-term trends in aggregate public opinion and the Court’s collective decisions. The Court’s ideological composition changes in response to previous shifts in the partisan and ideological orientation of the president and Congress. The Court also responds to public opinion at the margins even in the absence of membership change*”. (MISHLER e SHEEHAN, 1993, p. 88).

levantando questões sobre o majoritarismo do Tribunal, no presente e no futuro.⁸⁸ (MISHLER e SHEEHAN, 1993, p. 88).

Em revisão histórica proposta por Larry Kramer, a própria instituição do controle de constitucionalidade (*“judicial review”*) pela Suprema Corte norte-americana, consagrada a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, teria sido fruto de um delicado equilíbrio entre a vontade dos ministros (nomeados pelo governo anterior, incluindo o próprio *Chief Justice* Marshall) e a nova coalizão de governo formada com a eleição de Thomas Jefferson no ano de 1800: *“Confrontado com a perda de sua representação nos Poderes Executivo e Legislativo, o Congresso “pato manco” [expressão que indica que um partido perdeu sua maioria eleitoral, passando a ser minoritário no Legislativo ou perdendo o Executivo] do partido federalista atuou rapidamente para garantir a seus membros um santuário no Poder Judiciário, condenando a moderna distinção entre direito e política como infiel à concepção original do constitucionalismo”*.⁸⁹ (KRAMER, 2004, p. 7-8).

Como explica Keith Whittington (2000), Marshall estava na delicada situação de que, caso desse procedência à ação (obrigando a nova administração a aceitar Marbury na magistratura federal, exigindo que Madison, o novo secretário de Estado, emitisse a nomeação), a decisão da Suprema Corte poderia ser solenemente ignorada pelo novo governo. Por outro lado, simplesmente negar o pedido de Marbury equivaleria a negar auxílio ao grupo político do qual Marshall fazia parte, mostrando sinais de fraqueza da Corte e subordinação ao novo governo eleito:

Para decidir se receberia e daria procedência ao pedido de William Marbury, a Corte Marshall levou em conta não só a sua própria preferência imediata de conceder o cargo a Marbury, mas também a possibilidade de que favorecendo Marbury, poderia sofrer forte retaliação pelo governo de

⁸⁸ Tradução livre do original: *“Since 1981, the relationship has vanished or turned negative in direction. The Court’s ideological balance has been upset by an unbroken string of conservative-to-moderate appointments, thereby undermining the dynamics that promote judicial responsiveness and raising questions about the majoritarianism of the contemporary and future Court”*. (MISHLER e SHEEHAN, 1993, p. 88).

⁸⁹ Tradução livre do original: *“[F]aced with the loss of the executive and legislative branches, the lame duck Federalist Congress acted quickly to secure its adherents a sanctuary in the judiciary condemning the modern-day distinction between law and politics as unfaithful to the original conception of constitutionalism”*. (KRAMER, 2004, p. 7-8).

[Thomas] Jefferson que poderia atingir permanentemente a independência do poder judicial.⁹⁰ (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

A solução encontrada por Marshall – decidir que Marbury teria direito à nomeação, mas que a Suprema Corte era instância incompetente para julgar a causa – foi absolutamente estratégica e, de certa forma, genial.⁹¹ Para construir o argumento da incompetência da corte, Marshall cuidou de declarar a inconstitucionalidade de parte do *Judiciary Act* de 1789, no trecho em que a nova legislação que havia ampliado a jurisdição da Suprema Corte, afirmando que, como tais poderes ultrapassavam os expressos na Constituição para a Corte, esta deveria declarar a invalidade do ato legislativo. Assim o fazendo, estabeleceu a autoridade da Corte para realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos, inaugurando assim o *judicial review*. (WHITTINGTON, 2000, p. 612; CLINTON, 1994, p. 286).

Além de ter sua origem em 1803 a partir de uma estratégia política – ou mais propriamente, uma saia justa –, o controle de constitucionalidade nasce completamente imerso em um contexto de intensa disputa política e polarização partidária. Se a Suprema Corte não agisse estrategicamente, poderia correr o risco de sofrer graves retaliações por parte dos detentores de mandato eletivo.

Superando tais origens históricas, Ronald Kahn (1994) apresenta estudos de cenários mais recentes, afirmando que nos últimos 50 anos, as cortes *Warren*, *Burger* e *Rehnquist* também atuaram de forma estratégica, decidindo frequentemente em concordância com a maioria governista. Com uma crítica sutil aos estudos sobre o papel contramajoritário da Corte (que tratou de acusar como

⁹⁰ Tradução livre do original: “*In deciding whether to recognize and enforce William Marbury's commission, the Marshall Court had to take into account not only its own immediate preference that Marbury gain his office but also the possibility that favoring Marbury in his case might provoke serious retaliation by the Jefferson administration that would permanently damage the independence of the judiciary*”. (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

⁹¹ A genialidade da decisão redigida por Marshall reside no malabarismo lógico que soube aproveitar uma decisão que agradaria o novo governo – a impossibilidade de atender ao pedido de Marbury – para, nela, ampliar os poderes da Suprema Corte e reservar para si uma atribuição que não estava expressamente prevista na Constituição norte-americana – o de derrubar leis aprovadas pelo Legislativo. Como a inconstitucionalidade da Lei (o *Judiciary Act* de 1789) foi realizada no sentido de “diminuir” competências da Corte – fornecendo argumentos para que pudesse se esquivar da embaraçosa decisão de mérito sobre Marbury – não haveria oposição por parte dos poderes Executivo ou Legislativo sobre a decisão. Afinal, o trecho declarado inconstitucional dizia respeito apenas às competências da Suprema Corte. Finalmente, Marshall fez um ótimo negócio para a Corte, trocando uma pequena restrição presente por um enorme poder futuro.

oriundos de erros de percepção), o autor descreve tais períodos como **cortes majoritárias**. (KAHN, 1994, p. 2-4).

Também no STF, estudos empíricos chegaram a conclusões que quando trata de dar procedência às ações de controle abstrato de constitucionalidade, o Tribunal atinge principalmente a legislação estadual, atuando no controle federativo (TOMIO e ROBL, 2013; CAMARGO, 2014; MARRAFON e LIZIERO, 2014); e, ainda, que é escasso o volume de decisões em questões contramajoritárias, como proteção das minorias e de grupos sub-representados no Legislativo. (COSTA e BENVINDO, 2010; TOMIO e ROBL, 2013).

Ainda, pesquisa comparativa entre as cortes constitucionais do Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal sustenta empiricamente que, ao decidir sobre legislação aprovada pela coalizão majoritária naqueles países, os tribunais tendem a dar suporte às decisões das coalizões de governo. (TOMIO *et al.*, 2014).

A função política do controle de constitucionalidade também pode ser descrita com outro enfoque. Para além das estratégias que as cortes adotam para proferir suas decisões, estas desempenham importante função nas estratégias políticas quando determinados atores partidários, normalmente da oposição, ingressam em juízo exatamente para impor custos à maioria, contestando publicamente as políticas adotadas.

Tal “uso político do Judiciário” foi descrito por Matthew Macleod Taylor (2007) que encontrou, no uso sistemático de processos judiciais pela oposição, uma estratégia para derrotar no campo jurídico o grupo detentor da maioria legislativa. O autor define esse comportamento de busca pelo local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas com a expressão *venue seeking*. (TAYLOR, 2007, p. 3).

Tipicamente, minorias potencialmente vencidas no campo legislativo optam por ingressar em juízo, transformando debates ideológicos em processos judiciais nos quais situação e oposição se enfrentam novamente, agora no jogo jurídico. Na experiência brasileira, existem inúmeras ações movidas perante o STF entre situação e oposição, seja para a instalação de CPIs⁹² como exercício da minoria parlamentar, seja para a manutenção dos mandatos junto aos partidos, no bojo das

⁹² MS 26.441, no STF.

discussões sobre a fidelidade partidária.⁹³ Mais recentemente, questionamento sobre o rito a ser seguido para o processo de *impeachment* da presidência da república chegou ao STF, evidenciando a polarização política do embate jurídico.⁹⁴

Tanto grupos de interesse quanto a oposição acionam o Poder Judiciário em busca de que seus interesses econômicos e sociais fossem atendidos. Em dados coletados por Ernani Carvalho (2004, p. 118), das 2.813 ADIs impetradas até 26 de junho de 2003, um total de 740 (ou 26,31%) foram requeridas por confederações sindicais ou entidades de classe.

Os dados colhidos por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo (2010) levaram os autores a concluir que a jurisdição constitucional não tem se mostrado um canal eficiente para a defesa dos direitos fundamentais e sociais. (COSTA e BENVINDO, 2010, p. 40-44). A crítica dos autores dirige-se, sobretudo, ao controle concentrado, com base no levantamento de que as ADIs costumam apresentar em juízo muito mais questões vinculadas aos interesses corporativos de seus demandantes do que às garantias e liberdades individuais ou de interesse comum.

No mesmo sentido, a demonstrar as ações movidas para atender interesses de categorias profissionais, Ernani Carvalho Neto, Luís Felipe Andrade Barbosa e José Mário Wanderley Gomes Neto quantificaram a considerável taxa de sucesso da Ordem dos Advogados do Brasil, demonstrando que a entidade goza de nítido privilégio para ajuizar ações de controle abstrato de constitucionalidade no STF. (CARVALHO, BARBOSA e GOMES NETO 2014, p. 70).

Logo, os dados confirmam uma participação efetiva dos grupos de interesse na utilização das ADIs como instrumento de defesa de seus interesses.⁹⁵ Quanto aos partidos políticos, estes “*ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ADINs, correspondendo a 590 (ou 20,97%) do total.*”⁹⁶

⁹³ MS 26.604, no STF.

⁹⁴ ADPF 378, proposta pelo PCdoB.

⁹⁵ O autor afirma ainda que os sindicatos e entidades de classe ocupam o segundo lugar na quantidade de ADIs propostas, só perdendo para os governadores de Estados. (CARVALHO, 2004, p.119). No mesmo sentido, ver TOMIO e ROBL, 2013, CAMARGO, 2014 e MARRAFON e LIZIERO, 2014.

⁹⁶ Embora os dados do STF não indiquem quais os partidos que foram os autores das ADIs, Ernani Carvalho faz referência a outros dados que demonstram que a maioria das ações foram

Por fim, Carvalho aponta o frequente uso das ADIs pela oposição, questionando no STF as políticas públicas nas quais foram vencidos em plenário (CARVALHO, 2004, p. 120). Taylor e Da Ros demonstram que a tática de oposição muitas vezes é apenas o de marcar posição ou tornar visível o interesse defendido, ganhando projeção no noticiário. Assim, mover uma ADI vale a pena ainda que seja improcedente, servindo para atrair atenção pública e ampliar a visibilidade de sua contestação política, ainda que a chance de sucesso seja pequena. (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 838).

1.3.4 Cortes como *veto players*

Ultrapassando a dificuldade contramajoritária, uma forma talvez mais precisa de descrever os papéis das cortes constitucionais nas relações políticas seja sua caracterização como um ator com poder de veto ("*veto player*"). O termo foi popularizado pelo livro homônimo de George Tsebelis ("*Atores com poder de veto*", 2004) que desenvolve um instrumento para permitir a comparação entre instituições políticas de diferentes países, levando em conta a relação entre a estabilidade decisória e o número de "*atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do status quo*"⁹⁷. (TSEBELIS, 2009, p. 41).

Os atores com poder de veto são aqueles necessários à manutenção e alterações no *status quo*, como afirma Tsebelis: "para mudar o *status quo*, um certo número de atores individuais ou coletivos deve concordar com a mudança proposta. Chamo esses atores de veto players: atores com poder de veto". (TSEBELIS, 2009, p. 16).

Tsebelis prossegue, explicando que por ser um documento que determina o funcionamento das instituições políticas, é na Constituição que podemos identificar os *veto players* de determinado país:

propostas por partidos de oposição. De 1988 até 1998, 74% das ADIs impetradas foram oriundas de partidos de oposição. (CARVALHO, 2004, p. 119).

⁹⁷ A estabilidade decisória, para Tsebelis, tem relação direta com a manutenção do *status quo*. Para a análise que segue, as alterações no *status quo* são obtidas por mudanças de rumo nas políticas adotadas (*policies*), principalmente operadas por meio de modificações na legislação. Nesse contexto, a estabilidade decisória é obtida com a manutenção inalterada da legislação.

Os atores com poder de veto são especificados num país pela Constituição (o presidente, a Casa Branca (*sic*) e o Senado, nos Estados Unidos) ou pelo sistema político (os diferentes partidos que são membros de uma coalizão governamental, na Europa oriental). Chamo esses dois diferentes tipos de atores com poder de veto de institucionais e partidários, respectivamente. (TSEBELIS, 2009, p. 17).

Em seu intuito de estabelecer bases e instrumentos de análise para a política comparada, o autor também aborda o papel do Poder Judiciário para operar mudanças do *status quo*. (TSEBELIS, 2009, p. 17).

Embora os atores com poder de veto⁹⁸ sejam normalmente os indicados na Constituição (atores institucionais), de acordo com Tsebelis o Poder Judiciário pode se transformar em um *veto player* adicional.⁹⁹

Dito de outro modo, em países onde há o exercício da jurisdição constitucional, com a possibilidade de influir na arena política – e consequentemente, redefinindo a alocação de recursos públicos –, o Poder Judiciário pode ser somado à lista dos atores com poder de veto. Na análise proposta por Tsebelis, a inclusão do Judiciário como mais um ator com poder de veto é decorrência da estabilidade decisória. Isto porque, quanto maior o número de *veto players*, maiores são os obstáculos para efetuar mudanças no *status quo* (por exemplo, mudanças na Constituição e na legislação infraconstitucional) e maiores as chances de que a decisão judicial não seja sobreposta por alterações legislativas.

Por outro lado, ao exercer a jurisdição constitucional de forma independente¹⁰⁰ – isto é, com opiniões próprias e desvinculadas das dos outros atores envolvidos no processo decisório –, o Judiciário também pode impedir uma mudança legislativa e manter a estabilidade decisória.¹⁰¹ Logo, terá mantido o *status quo*.

⁹⁸ Optamos por utilizar ao longo do texto, a expressão original, em língua inglesa (*veto player*) em frases longas, privilegiando a expressão mais curta para facilitar a leitura, bem como adotando a frase na sua tradução para o português (atores com poder de veto) quando as sentenças não forem tão extensas, auxiliando assim na assimilação do conceito.

⁹⁹ No Brasil, teríamos três atores com poder de veto: Presidente da República, Câmara de Deputados e Senado Federal.

¹⁰⁰ Sobre o problema teórico em torno da adoção do conceito de independência, ver Peter Russel (2001, p. 12).

¹⁰¹ Entretanto, Tsebelis destaca que é comum que os integrantes das cortes e tribunais constitucionais não marquem opinião destoante do conjunto já estabelecido no embate político,

Fazendo um paralelo com a **função contramajoritária** atribuída ao controle de constitucionalidade, podemos afirmar que neste modelo idealizado, a jurisdição constitucional opera impedindo alterações no *status quo*, ainda que em oposição à vontade da maioria legislativa, trazendo obstáculos à mudança de rumos e prioridades.

O grande benefício que a abordagem de Tsebelis agrega à compreensão sobre cortes constitucionais é sua inclusão como **parte integrante do jogo político**, isto é, como mais uma arena de disputa legítima nas relações político-partidárias inerentes ao regime democrático.

Neste aspecto, os julgamentos servem de cena, em que a decisão com caráter jurídico não pode ser afastada de seus efeitos sobre os outros atores. Testes empíricos podem demonstrar que *a)* os atores políticos contam com o STF para solucionar seus problemas, e delegaram de forma ativa no processo constituinte poderes para que o STF possa dirimi-los, e *b)* os ministros do STF sabem desta condição e de fato levam em conta as preferências dos atores políticos para tomar suas decisões, evitando confrontos constante, mas também evitando deferências automáticas (*a maioria automática*, descrita na Argentina por HELMKE, 2002 e KAPISZEWSKI, 2012).

Decisões nas quais o Poder Judiciário altera ou mantém o *status quo*, podem, muitas vezes, ser resultado de uma **delegação voluntária** de competências dos outros *veto players* ao Judiciário (TSEBELIS, 2009, p. 312). Isto porque há sérios custos de transação para cada decisão legislativa: pode-se, por exemplo, tomar a iniciativa de apresentar um projeto de lei, formar uma coalizão para apoiá-lo, ou eliminar os opositores que tenham opinião diferente, comprando-os ou consolidando alianças". (TSEBELIS, 2009, p. 314). Neste aspecto, determinadas políticas acabam

optando por se manter alinhados às opiniões dos atores políticos que os selecionaram. Quando esse fenômeno ocorre, Tsebelis (2009, p. 343) afirma que os efeitos das escolhas manifestadas pelas cortes constitucionais são mitigados. Dessa forma, podemos entender por que a *judicialização da política* é ora vista com bons olhos, ora vista com horrores. Tsebelis explica que "aqueles a quem o *status quo* desagrada preferirão um sistema político com a capacidade de fazer mudanças rapidamente, enquanto os defensores do *status quo* preferirão um sistema que produz estabilidade decisória". (TSEBELIS, 2009, p. 23).

sendo delegadas¹⁰² ao Poder Judiciário por apresentarem altos **custos de transação** (isto é, custos políticos de se apresentar e votar o projeto de lei).

No Brasil, podemos citar como exemplo a regulamentação da união civil para casais homoafetivos. Embora já tivesse sido objeto de proposta de lei desde 1995 (PLC 1.151/95), a matéria jamais chegou a ser encaminhada ao plenário. Mesmo em 2006, com maioria governista no Congresso e com o tema dos direitos homoafetivos alçado à condição de programa de governo¹⁰³, ainda assim a questão apresentava alto custo de transação, suficiente para imobilizar o debate no Poder Legislativo.¹⁰⁴

Entretanto, por meio do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em 05 de maio de 2011, o STF estendeu à união homoafetiva os mesmos direitos conferidos à união estável entre homem e mulher. Cumpre observar a falta de resistência do governo com relação à decisão, pois houve inclusive parecer favorável do corpo jurídico destinado à defesa dos interesses do governo (Advocacia-Geral da União), demonstrando indícios de que a matéria, envolvendo altos custos de transação para o Legislativo, foi convenientemente delegada para ser decidida pelo Poder Judiciário.

¹⁰² Esta delegação não é, necessariamente, intencional. No processo legislativo, algumas matérias são simplesmente deixadas de lado enquanto não recebem apoio de maiorias legislativas consistentes ou do eleitorado. Caso grupos de pressão levem a questão ao Judiciário, este não poderá se furtar de dar uma decisão.

¹⁰³ O programa Brasil sem Homofobia tinha como objetivo de combater a violência e a discriminação contra homossexuais.

¹⁰⁴ Embora sem dados para afirmar, podemos especular que o grupo político que era simpático ao projeto percebia no seu eleitorado, ao defender a união homoafetiva, chances maiores de perdas do que de ganhos.

1.3.5 Cortes constitucionais em cooperação com governos

Mas afinal, se as cortes têm poderes institucionais para atuarem como ponto de veto e impedir modificações no *status quo*, por que afinal os detentores de mandatos eletivos cederiam¹⁰⁵ poder para cortes constitucionais?

Robert Dahl, em artigo de 1957, descreveu a relação entre a maioria governista e a Suprema Corte como sendo o de uma função legitimadora:

A maior tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas públicas fundamentais da coalizão vencedora. Há momentos em que a coalizão é instável com relação a certas diretrizes de especial valor; com grande risco para seus próprios poderes de legitimidade, a Corte pode intervir nesses casos e pode inclusive ser vitoriosa no estabelecimento da política pública.¹⁰⁶ (DAHL, 1957, p. 294, sem destaque no original).

Em suas observações sobre o modelo democrático norte-americano, Dahl avança uma concepção de república na qual a Suprema Corte integra a aliança dominante de forma a participar na liderança política:

Com exceção de períodos de transição de curta duração quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova está lutando para assumir o controle das instituições políticas, **a Suprema Corte é, inevitavelmente, uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança dominante, a Corte obviamente dá suporte às principais políticas da aliança.** (...) A Suprema Corte não é, contudo, apenas um agente da aliança. É uma parte essencial da liderança política e possui algumas bases de poder próprias, a mais importante destas é a legitimidade exclusiva de sua interpretação da Constituição.¹⁰⁷ (DAHL, 1957, p. 293, sem destaques no original).

¹⁰⁵ O argumento aqui é de que o desenho constitucional que atribui poderes de controle de constitucionalidade ao STF é resultado do desejo de uma maioria política que pode inserir e aprovar tal mecanismo no texto constitucional. (Neste sentido, ver CARVALHO, 2010).

¹⁰⁶ Tradução livre do original: “*The main task of the Court is to confer legitimacy on the fundamental policies of the successful coalition. There are times when the coalition is unstable with respect to certain key policies; at very great risk to its legitimacy powers, the Court can intervene in such cases and may even succeed in establishing policy.*” (DAHL, 1957, p. 294).

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “*Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance. (...) The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretation of the Constitution.*” (DAHL, 1957, p. 293).

Citando como exemplo os casos da ampliação dos direitos civis aos negros, Dahl explica como normativas políticas que não detém apoio suficientemente para garantir maioria legislativa, ainda assim podem ser implementadas pelo Poder Judiciário de forma coerente com os objetivos políticos e, por isso, garantem legitimidade à decisão judicial. (DAHL, 1957, p. 294).

1.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste capítulo apresentamos uma revisão da literatura sobre as funções atribuídas às cortes constitucionais em estados democráticos, descrevendo as abordagens comumente encontradas sobre as cortes constitucionais com o enfoque do ativismo judicial, da judicialização da política e do papel contramajoritário das cortes, confrontando-as com alguns dos estudos empíricos já realizados sobre o perfil das decisões do STF.

Pretendeu-se demonstrar que, à luz do resultado das decisões elaboradas pela corte, há uma sensível distância entre os rótulos atribuídos ao STF e sua efetiva atuação. Tais categorias – judicialização, ativismo, autocontenção – são insuficientes para identificar as relações estratégicas que permeiam o exercício do controle de constitucionalidade. Sugere-se que é mais adequado compreender o STF como parte integrante do sistema político, integrado tanto nos usos que atores políticos fazem das ações de controle concentrado de constitucionalidade, quanto na função legitimadora de suporte que a Corte pode fornecer aos governos que demandarem apoio. É deste ponto que se formula o problema na busca de uma teoria abrangente, que possa descrever de forma consistente o comportamento do STF e colocá-lo à prova nos testes empíricos do capítulo quarto.

Entretanto, antes de realizar a busca de dados para testar hipóteses, cumpre realizar uma revisão da literatura estrangeira, principalmente a norte-americana, sobre os modelos que servem de quadro explicativo para o comportamento dos magistrados, em especial das cortes constitucionais. É o que se propõe adiante.

2. MODELOS EXPLICATIVOS PARA O COMPORTAMENTO JUDICIAL

As razões que levam indivíduos a decidir (e agir) de determinada maneira devem ser deduzidas a partir de uma grande quantidade de ingredientes¹⁰⁸. O caldo torna-se mais denso quando o comportamento que se busca compreender é resultado de uma ação coletiva, como o que ocorre nos julgamentos colegiados¹⁰⁹. Adicione-se à receita uma pitada de poder – o impacto que essas decisões podem ter sobre a sociedade – e está delineada a complexa receita para compreender o comportamento judicial em geral (e o das cortes constitucionais no particular).

Não obstante o contexto desencorajador, já há sete décadas¹¹⁰ de pesquisas empíricas elaboradas por autores que se lançaram à tarefa de descrever em minúcias as motivações, estratégias e dinâmicas que influenciam o comportamento judicial (ou *judicial behavior*, como o tema é conhecido na literatura norte-americana).

Este capítulo pretende fornecer uma revisão da literatura sobre os modelos de análise que buscam descrever como magistrados e os tribunais decidem.¹¹¹

A importância de compreender tais modelos serve para orientar a interpretação dos dados colhidos na pesquisa empírica. Para que os dados adquiram sentido – e possam ter alguma utilidade descritiva ou explicativa – é preciso que sejam compreendidos dentro de um quadro teórico, um modelo, que oriente a interpretação dos dados colhidos. Dito de outro modo, os dados não falam por si só!

¹⁰⁸ Dentre eles, os principais abordados no capítulo são os originários de estudos da psicologia comportamental (*behaviorismo*) e da economia (teoria dos jogos).

¹⁰⁹ A dificuldade de se descrever a intencionalidade no comportamento de grupos é conhecida da literatura sociológica, em especial a impossibilidade de se ordenar a transitividade de preferências em uma assembleia ou decisão colegiada. (ARROW, 1963; EPSTEIN, 1997).

¹¹⁰ A obra tida como inaugural no campo dos estudos de comportamento judicial é o livro “*The Roosevelt Court*”, de Herman Pritchett, de 1948. Entretanto, o mesmo autor já utilizara seus métodos de análise da “ideologia” dos ministros da Suprema Corte em uma série artigos publicados na *American Political Science Review* em 1941, 1945 e 1948, e na *Journal of Politics* em 1942 e 1946. (BAUM, 2003).

¹¹¹ Embora as análises não sejam direcionadas exclusivamente para as cortes constitucionais, os modelos descritos foram aplicados por diversos autores com base em dados sobre a Suprema Corte norte-americana e seus ministros.

A necessidade de uma teoria sólida sobre comportamento judicial para interpretar e compreender dados coletados em pesquisas empíricas é exemplificada por Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes (2013) em suas críticas às conclusões de Thamy Pogrebinski (2012) sobre a extensa coleta de dados que a pesquisadora realizou sobre as ações de controle abstrato de constitucionalidade no STF:

Apenas para citar um exemplo da importância de aportes teóricos sobre comportamento judicial, considere o achado, de um recente estudo empírico sobre o STF, de que o percentual de Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionando leis do Congresso Nacional julgadas parcialmente procedentes ou integralmente procedentes pelo tribunal é da ordem de 13% (Pogrebinski, 2012, p. 36). Esse percentual leva a autora do estudo a concluir que, “na expressiva e absoluta maioria das vezes, o STF se abstém de “judicializar a política”, confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence”. (Pogrebinski, 2012, p. 36-37). Ou seja, o percentual revelaria, por parte do STF, uma atitude de comedimento no uso de seus poderes e de deferência ao Congresso. (RIBEIRO e ARGUELHES, 2013, p. 87).

Ribeiro e Arguelhes passam à crítica, apontando em nota de rodapé que os dados coletados por Pogrebinski não poderiam, por si só, levar à conclusão de que o STF se comportaria como Corte de autocontenção. Para os autores, a ausência de um quadro teórico ou comparativo para compreender o comportamento judicial fragiliza a afirmação da pesquisadora:

Ao fazer esta inferência, a autora parte do princípio de que 13% é um percentual baixo. Vale notar, porém, que este não é necessariamente o caso. “Alto” e “baixo” são juízos relativos, e esta premissa precisaria ser de alguma forma justificada – por exemplo, com base em comparações controladas com outros países, ou com outros períodos da história do país. Além disso, mesmo que se adotasse um parâmetro explícito de comparação, a formulação de um juízo do tipo “alto/baixo” precisaria levar em conta a análise de Taylor (2008). Segundo o autor, no Brasil, ADIns e ADPFs muitas vezes são ajuizadas mesmo quando estão claramente fadadas ao fracasso, por atores movidos por considerações estratégicas externas ao mérito da decisão final do Supremo. (RIBEIRO e ARGUELHES, 2013, p. 88).

Portanto, conhecer os modelos que buscam compreender o comportamento judicial é de particular relevância. Em especial em um momento de florescimento das pesquisas empíricas sobre o judiciário brasileiro. Esta salutar profusão de dados – ainda, majoritariamente, apenas sobre o STF – torna essencial a visita aos modelos

consagrados na experiência norte-americana para encontrarmos um direcionamento nessa verdadeira avalanche¹¹² de informações judiciais.

A seguir serão apresentadas as principais correntes metodológicas dos estudos empíricos do comportamento judicial¹¹³, categorizando os autores das obras de referência na literatura norte-americana e descrevendo aspectos metodológicos de seus principais estudos¹¹⁴. Ao final, serão descritos estudos empíricos realizados sobre o STF, buscando estabelecer conexões com os modelos da literatura norte-americana.

2.1 O MODELO ATITUDINAL: CLASSIFICANDO MINISTROS ENTRE LIBERAIS E CONSERVADORES

Devido às descobertas dos atitudinalistas, o mito da toga passou doravante à defensiva¹¹⁵. (MAVEETY, 2003, p. 53).

Nos estudos sobre o Poder Judiciário (em especial sobre as cortes constitucionais) é frequente encontrar abordagens que se sustentam na descrição

¹¹² Tomo a liberdade de chamar de avalanche o número absoluto de ações que circulam no STF que, por si só, já é motivo de dificuldades no desenho de qualquer pesquisa empírica sobre a corte. No auge do volume processual recebido, em 2006 foram distribuídos aos ministros do STF 116.216 novos processos. Após a adoção do instituto da repercussão geral (que limitou a admissibilidade de Recursos Extraordinários à corte, introduzida pela EC 45/2004 e regulamentada na Lei 11.418/2006), este número foi reduzido para 42.729 em 2009, mantendo-se abaixo dos 50 mil processos até 2014, quando o volume voltou a subir, atingindo 57.779 processos naquele ano e 65.108 em 2015, conforme informações do portal STF. E não há mostras de arrefecimento, para 2016: até o final de junho já foram distribuídos 31.167 processos, conforme informações do portal STF.

¹¹³ A literatura aqui descrita é composta principalmente de estudos empíricos do judiciário norte-americano, seguindo-se a estrutura proposta por Nancy Maveety (2003) na obra “Os pioneiros do comportamento judicial” (*The Pioneers of Judicial Behavior*). Os estudos empíricos sobre o STF aplicados no Brasil – que serão expostos ao final – costumam indicar a literatura norte-americana como referência. Outro método mencionado na literatura é o método *legal*. Optamos por não incluí-lo na análise, pois corresponde à doutrina do direito constitucional que busca *como* devem ser tomadas as decisões, fundados na hermenêutica e na filosofia jurídicas e já está competentemente documentado na academia (BARROSO, 2008; BARBOZA, 2007; GODOY, 2011). Nosso enfoque neste estudo não é informar *como* devem ser tomadas as decisões, mas sim descrever adequadamente *quais* são as decisões tomadas pelo STF, no que diz respeito a questões de interesse do governo, e buscar compreender elementos que possam explicar *por que* o STF decidiu daquela forma.

¹¹⁴ Como toda classificação, esta também está sujeita a injustiças, seja na inclusão de um autor em determinada filiação metodológica ou à categorização de seu pensamento em síntese simplificadora. Entretanto, os benefícios analíticos da divisão servem ao propósito de permitir uma visão abrangente sobre os principais argumentos utilizados nas pesquisas até então realizadas.

¹¹⁵ Tradução livre do original “*Because of the findings of the attitudinalists, the myth of the robe was henceforth on the defensive*”. (MAVEETY, 2003, p. 53).

das origens pessoais e da trajetória profissional do julgador para explicar o resultado das decisões judiciais por ele proferidas. O quadro metodológico que sustenta tais estudos tem origem no modelo atitudinal, que investiga *quem* é o julgador (principalmente suas crenças pessoais e suas preferências políticas).

A abordagem atitudinal foi inspirada em estudos da psicologia comportamental (*behavioral psychology*)¹¹⁶ e inaugurou os estudos empíricos sobre o comportamento judicial. Como teoria e programa de pesquisas, poderia ser definido sucintamente com a frase: a **ideologia importa** (*Ideology matters*). (MAVEETY, 2003, p. 53).

As preferências ideológicas dos magistrados passaram a ser enfatizadas e indicadas como as variáveis que melhor explicavam o resultado das decisões. Desta forma, os pesquisadores no modelo atitudinal buscavam formas de medir a ideologia judicial e testar se poderiam, com esta informação, prever o resultado de decisões e compreender a formação de blocos judiciais em cortes majoritárias:

The most salient independent variable explaining the judicial vote was ideological preferences, which were assumed to be fixed (determined by psychological structures or social background characteristics) and exogenous (external to the institutional context or juridical considerations of judges). When considering these latter factors at all, attitudinalists discounted their importance, finding the institutional environment to free Supreme Court justices in particular to vote according to ideology and juridical considerations to function as a *post hoc* rationalizations for ideologically cast votes. The earliest pioneers of the attitudinal approach focused on the measurement of judicial ideology as well as on the predictive validity of ideological preference for understanding the formation of judicial blocs on majoritarian courts. Subsequent scholars investigated the stimulus side of the judicial vote, quantitatively addressing cues to which judges responded according to their preexisting attitudes. (MAVEETY, 2003, p. 53).

É neste contexto, de análises individualizadas, com investigações sobre o histórico de vida de cada ministro, que o modelo atitudinal se firmou como escola –

¹¹⁶ Por esta razão, é possível encontrar na literatura referências à abordagem atitudinal como abordagem *behavioralista* (ver WHITTINGTON, 2000, p. 615). Entretanto, em detrimento à denominação “behavioralista”, preferimos utilizar a nomenclatura “atitudinal” por ser esta a predominante na literatura pesquisada. Ademais, como os demais modelos apresentados tratam do comportamento judicial e a palavra “*behavior*” do inglês pode ser vertida para o vernáculo como “comportamento”, seu uso para distinguir apenas um dos modelos poderia levar à indesejáveis confusões nas distinções que se pretende traçar.

de sucesso – na explicação das decisões proferidas pelas cortes constitucionais. (MAAVETY, 2003; CLAYTON, 1999).

Em “*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*”, Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth (2002) apresentam o modelo atitudinal como uma junção de conceitos do realismo jurídico, da ciência política, da psicologia e da economia, de forma que as decisões da Suprema Corte são fruto dos valores e atitudes ideológicos de seus magistrados:

The attitudinal model represents a melding together of key concepts from legal realism, political science, psychology, and economics. This model holds that the Supreme Court decides disputes in light of the facts of the case vis-à-vis the ideological attitudes and values of the justices. (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 86).

Para os autores, o modelo atitudinal tem no realismo jurídico suas raízes mais evidentes, assumindo que a fundamentação jurídica citada em decisões judiciais serviria para racionalizar tais decisões, mas não poderia ser tida como sua causa¹¹⁷:

If judges necessarily create law, how do they come to their decisions? To the legal realists, the answer clearly is not to be found in “legal rules and concepts insofar as they purport to describe what either courts or people are actually doing.” Judicial opinions containing such rules **merely rationalize decisions; they are not the causes of them.** (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 88, sem destaques no original).

A desconfiança com relação a como magistrados *de fato* decidem motivou os defensores do realismo jurídico à busca de estudos empíricos do direito. (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 88). O movimento se inspirava nas críticas à doutrina publicadas por Oliver Wendell Holmes Jr., autor pioneiro¹¹⁸ do realismo jurídico.

¹¹⁷ Tal argumento é semelhante ao alcançado nos estudos da argumentação jurídica que defendem a existência de dois momentos distintos na tomada de decisão: o *contexto de descobrimento*, no qual são ponderados os fatores que levam de fato à decisão; e o *contexto de justificação*, onde são expostos fundamentos – diversos dos que de fato influíram na decisão – que dão suporte, normalmente jurídicos, à decisão já previamente tomada (ATIENZA, 2002).

¹¹⁸ Oliver Wendell Holmes Jr. teve uma brilhante carreira acadêmica e exerceu a magistratura como ministro da Suprema Corte entre os anos de 1902 a 1932. Como ministro, Holmes não deixou de manifestar ideias à contra-corrente das que circulavam à época no ambiente jurídico, “*discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto 'the great dissenter', o que, vertido para nossa linguagem forense, indica algo próximo de prolatador de votos vencidos*”. (GODOY, 2006, p. 91).

Holmes afirmava a necessidade de respostas práticas, com bases empíricas nas decisões quotidianas das cortes – e não nas teorias jurídicas – para servir de base ao cidadão comum que desejasse empreender e conhecer seus direitos:

Tome-se a questão fundamental: o que constitui a lei? É possível encontrar escritores afirmando que é algo diferente do que é decidido nas cortes do [estado de] Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução de princípios éticos ou axiomas aceitos ou descartados, que podem ou não coincidir com as decisões. Mas se formos partir do ponto de vista de um homem comum encontraremos que ele não se importa com axiomas ou deduções, mas que ele quer saber o que as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra irão provavelmente decidir. Essa é minha opinião. **As profecias do que as cortes de fato farão, e nada além disso, são o que entendo como lei (...)** O objeto de nosso estudo é, portanto, **predição**¹¹⁹. (HOLMES Jr., 1897, sem destaques no original).

Além do realismo jurídico do final do século XIX, outra influência para os estudos atitudinais surge nos modelos econômicos que buscam descrever o comportamento humano na tomada de decisões, em especial o conceito de que os Homens em geral agem como maximizadores da utilidade (*utility maximizers*), isto é, decidem que ações tomar a partir do resultado que estas trarão para atingir objetivos e preferências pessoais¹²⁰.

Em linhas gerais, os autores da corrente atitudinal defendem que entre os ministros da Suprema Corte, é possível relacionar decisões judiciais com preferências pessoais. Isto porque a falta de constrangimentos (tais como o eleitoral) e ausência de possibilidade de subir na carreira (eis que já estariam no topo) os garantiria a liberdade para decidir livremente, conforme suas convicções pessoais.¹²¹ (SEGAL, 1999, p. 238).

¹¹⁹ Tradução livre do original: “*Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law. (...) The object of our study, then, is prediction*” (HOLMES Jr., 1897).

¹²⁰ Sobre as implicações da escolha em um ambiente de incertezas e de como são os atuais modelos econômicos para lidar com a questão, ver Lessa (1998, p. 130).

¹²¹ As várias críticas e objeções ao modelo serão expostas adiante, em especial na exposição sobre o modelo estratégico.

Neste contexto, os ministros da Suprema Corte seriam os destinatários preferenciais da abordagem atitudinal, pois conjugariam as garantias funcionais comuns aos demais magistrados federais¹²² somada à possibilidade de impor suas opiniões praticamente¹²³ sem constrangimentos. É o que explica Jeffrey Segal, descrevendo a liberdade dos ministros para impingir em suas decisões seus valores e atitudes ideológicos mais sinceros: “*Narrowly speaking, the attitudinal model holds that justices decide cases on the merits in light of the facts of the case vis-à-vis their sincere ideological attitudes and values*” (SEGAL, 1999, p. 238-239).

2.1.1 Estudo pioneiro do modelo atitudinal: Herman Pritchett, 1948

A obra pioneira na utilização de um método quantitativo de análise das decisões da Suprema Corte norte-americana foi “*Roosevelt Court: A Study in Judicial Votes and Values, 1937-1947*”, publicada em 1948, na qual Herman Pritchett dava ênfase ao processo (e não ao produto) da tomada de decisões judiciais. Sua grande inovação metodológica (a utilização de técnicas quantitativas) o fez ser reconhecido como o fundador da “*ciência comportamental da política judicial*”.¹²⁴ (MAAVETY, 2002, p. 11 e 54).

Para coletar seus dados, Pritchett partiu de uma premissa bastante simples e clara, cujos delineamentos já havia exposto em um artigo de 1941, intitulado “*Divisão de opinião entre os ministros da Suprema Corte norte-americana, 1939-1941*”¹²⁵. Neste brilhante e sucinto texto (8 páginas), Pritchett se propõe a observar a composição de grupos entre os ministros, anotando, nas decisões não unânimes, com que frequência determinados ministros se juntam no mesmo grupo vencedor ou perdedor.

¹²² Nos EUA, as garantias funcionais dos magistrados (como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) só são garantidas para o judiciário federal. Nos judiciários estaduais, há uma enorme variação de modelos e não há, necessariamente, garantias como as que são estendidas, no Brasil, a toda magistratura. (BAUM, 2013).

¹²³ Há riscos de que outros atores institucionais possam reverter (*overturn*) suas decisões. Tal ocorrência é conhecida na literatura norte-americana como efeito *backlash* (KLARMAN, 2007, p. 149; ver também KLARMAN, 2011 e LIMA, 2015).

¹²⁴ No original: “*the behavioral science of judicial politics*” (MAAVETY, 2003, p. 54).

¹²⁵ Tradução livre do original: “*Division of opinion among justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941*”

Tendo o realismo jurídico como ponto de partida, introduz seu estudo afirmando que “[p]rivate attitudes, in other words, become public law. More precisely, it is the private attitudes of the majority of the Court which become public law”. (PRITCHETT, 1941, p. 890). Assim, destaca que um dos problemas com relação a justiça é justamente ela ser uma ciência tão inexata, a ponto de ser decidida a partir da “contagem de narizes” de jurados e ministros:

As an inexact science, issues at law are settled by counting the noses of jurors and justices. About 150 times every term the judges of the Supreme Court announce to the world in a formal written opinion the result of their balloting on the questions raised by a legal controversy before the Court. Happily, in the great majority of these ballots the decision is unanimous. (...) In a substantial number of cases, however, the nine members of the Court are not able to see eye to eye on the issues involved. (PRITCHETT, 1941, p. 890).

Apontando o problema das decisões não unânimes, Pritchett constrói seu argumento com a seguinte questão: Como explicar que ministros com o mesmo treinamento jurídico e diante de um conjunto idêntico de fatos cheguem à conclusões distintas?

Working with an identical set of facts, and with roughly comparable training in the law, they come to different conclusions. **If our thesis is correct, these divisions of opinion grow out of the conscious or unconscious preferences and prejudices of the justices**, and an examination of these disagreements should afford an interesting approach to the problem of judicial motivation. (PRITCHETT, 1941, p. 890, sem destaques no original).

Para demonstrar sua teoria (de que os ministros se dividiam entre os grupos vencedores e vencidos de acordo com suas preferências e preconceitos), analisou as 309 decisões da Corte realizadas nas sessões de 1939 e 1940¹²⁶ para selecionar

¹²⁶ A Suprema Corte norte-americana realiza períodos (“*terms*”) que vão de outubro de um ano a julho do ano seguinte (WRIGHTSMAN, 2006, p. 58), ouvindo sustentações orais (“*oral arguments*”) às segundas, terças e quartas-feiras (em um calendário previamente definido no começo da temporada) e publicando decisões usualmente às sextas-feiras, sendo que até o final do período de julgamentos todos as decisões dos casos da temporada são publicados. Excepcionalmente, alguns casos (geralmente mais polêmicos) são postergados para o período seguinte como o foram as decisões de *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954, que determinou a desegregação racial nas escolas públicas e cuja arguição se iniciou em 1953; e *Roe v. Wade*, de 1973, que definiu um quadro constitucional para o direito de interrupção voluntária de gravidez e que ingressou na agenda da corte

aquelas que não tinham tido votação unânime. Destas 89 decisões que tiveram placares parciais, Pritchett contabilizou quantas vezes cada ministro se posicionava no conjunto perdedor (vencidos), em conjunto ou individualmente, organizando a figura a seguir, onde se percebe o cruzamento dos nomes dos nove ministros que integram a Corte (em linhas) com os mesmos nove nomes (em colunas), indicando quantas vezes tinham se juntado a outros para formar “panelinhas”¹²⁷ no grupo divergente. Em julgamentos em que um determinado ministro era o único a manifestar divergência, o número é atribuído entre parênteses no cruzamento de seu próprio nome nos dois eixos:

Figura 2.1: Número de vezes em que cada ministro da Suprema Corte norte-americana se posicionou junto com cada colega para compor a minoria vencida, em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940.

<i>Justice</i>	<i>McReynolds</i>	<i>Roberts</i>	<i>Hughes</i>	<i>Stone</i>	<i>Reed</i>	<i>Frankfurter</i>	<i>Murphy</i>	<i>Black</i>	<i>Douglas</i>
<i>McReynolds</i>	(13)	26	20	4	2				
<i>Roberts</i>	26	(10)	33	5	3			2	2
<i>Hughes</i>	20	33	—	10	3				
<i>Stone</i>	4	5	10	(1)	1				
<i>Reed</i>	2	3	3	1	(1)			4	4
<i>Frankfurter</i>						—	1	4	4
<i>Murphy</i>						1	—	7	7
<i>Black</i>		2			4	4	7	—	19
<i>Douglas</i>		2			4	4	7	19	—

Fonte: Extraído de Pritchett (1941, p. 894)

em 1971. Assim, os dados analisados por Pritchett incluem as temporadas de 1939 e 1940, abrangendo casos arguidos entre outubro de 1939 a julho de 1941.

¹²⁷ A expressão é retirada do estudo realizado por Fabiana Luci de Oliveira (2012b) com os ministros do STF, observando o que chamou com a feliz expressão, bem brasileira, de formação de “panelinhas” na corte. Em seu trabalho, distinguiu (com base em ULMER, 1965) as coalizões das panelinhas, tratando as primeiras como associações temporárias, para fins determinados, enquanto as panelinhas agrupam grupos “coerentes e mais permanentes, compartilhando metas de longo alcance e interesses”. (OLIVEIRA, 2012b, p. 146).

Da tabela acima, Pritchett destacava a formação de grupos coesos, como o dos ministros Hughes e Roberts (que estiveram do mesmo lado em 33 casos) e, por outro lado, de como o ministro Frankfurter esteve poucas vezes como voto vencido (somente quatro vezes; todas elas formando coro com os ministros Black e Douglas e recebendo o suporte do ministro Murphy em uma das 4 ocasiões).

Em outra tabela, replicou a estrutura de comparação para demonstrar quantas vezes os ministros estiveram do mesmo lado nos 89 casos em que houve votação não unânime, desta vez contabilizando também quando formaram o grupo vencedor. Na tabela abaixo, demonstra a frequência com que ministros concordam com determinados colegas, seja compondo a maioria vencedora ou a minoria vencida:

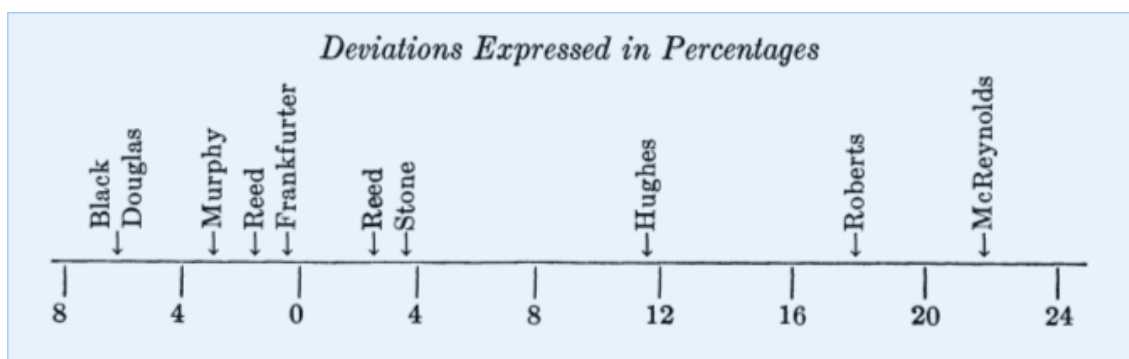
Figura 2.2: Frequência com que cada ministro da Suprema Corte norte-americana se posicionou junto com cada colega para compor tanto a minoria vencida quanto a maioria vencedora, em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940.

<i>Justice</i>	<i>McReynolds</i>	<i>Roberts</i>	<i>Hughes</i>	<i>Stone</i>	<i>Reed</i>	<i>Frankfurter</i>	<i>Murphy</i>	<i>Black</i>	<i>Douglas</i>
<i>McReynolds</i>	—	64	64	41	35	31	38	24	24
<i>Roberts</i>	64	—	75	51	45	45	39	37	36
<i>Hughes</i>	64	75	—	78	63	64	53	49	49
<i>Stone</i>	41	51	78	—	81	84	75	69	68
<i>Reed</i>	35	45	63	81	—	86	80	79	79
<i>Frankfurter</i>	31	45	64	84	86	—	91	85	84
<i>Murphy</i>	38	39	53	75	80	91	—	89	89
<i>Black</i>	24	37	49	69	79	85	89	—	100
<i>Douglas</i>	24	36	49	68	79	84	89	100	—

Fonte: Extraído de Pritchett (1941, p. 895)

Na tabela acima é possível perceber que os ministros Douglas e Black estiveram juntos em todas as decisões não unânimes, formando um verdadeiro bloco coeso. Mas Pritchett continuou suas classificações dos ministros, dispondo de maneira gráfica as posições ao longo de uma linha que definia a distância do ministro com relação à maioria (ponto atribuído como 0 na escala) e distanciando os ministros em lados opostos da escala na proporção em que discordaram nos casos não-unânicos:

Figura 2.3: Ministros da Suprema Corte norte-americana e sua distância em relação às opiniões dos colegas em casos não unânimes dos períodos de 1939 e 1940, com deviações expressas em porcentagem.



Fonte: Extraído de Pritchett (1941, p. 895)

Herman Pritchett (1941, p. 895) explica ter posicionado o ministro Frankfurter mais próximo do ponto 0 por só ter composto o grupo dos vencidos em menos de 1% dos casos (4 das 89 decisões não unânimes). O ministro Reed, por ter composto minoria em grupos distintos, foi inserido duas vezes, tanto à direita quanto à esquerda do ponto zero.

Quanto aos demais, afirma que a escala demonstra a existência de uma maioria coesa de seis magistrados, sendo que a maioria das dissidências é apresentada pela minoria composta por McReynolds, Roberts e Hughes, que chama de “ala-direita”, referindo-se exatamente à concepção de que tais ministros seriam mais conservadores do que liberais.

É neste ponto que apresenta, com cautela, sua explicação de que as posições ideológicas dos ministros são determinantes para compreender quando decidem a favor ou contra o governo, classificando os magistrados como liberais

quando a favor, ou conservadores quando contrários às políticas do governo de Franklin Delano Roosevelt:

The scale makes apparent the existence of a fairly **cohesive six-judge majority, most of the dissents being entered by the right-wing minority of McReynolds, Roberts, and Hughes**. This use of the term "right-wing" assumes that the division of opinion on the Court results from differences of opinion as to desirable public policy. It assumes that the above scale reflects relative "liberalism" and "conservatism" as those terms are understood by the man in the street. (...) **Our present stereotypes picture the conservative as anti-government (in the sense of opposing new or more effective forms of governmental control over individuals or corporations), and the liberal or New Dealer as pro-government.** (...) The voting record of the justices in these 36 cases shows that in 27 the dissenters were right-wingers taking an anti-government position. (PRITCHETT, 1941, p. 895, sem destaques no original).

Entretanto, o modelo de comportamento judicial de Pritchett não excluía a leitura do conteúdo jurídico dos votos e o de suas interpretações, como destaca Lawrence Baum:

Indeed, only small portions of the *Roosevelt Court* and *Vinson Court* books were taken up by quantitative analyses. The bulk of both books consisted of close qualitative analysis of the Court's decisions and the justices' opinions in the major areas of the Court's activity. This allocation of space reflected Pritchett's methodological views. While he disagreed with critics who opposed quantitative analysis of judicial decisions, he strongly agreed with the position that "box scores" alone were insufficient to explain those decisions. (BAUM, 2003, p. 66)

Foi o que empreendeu Pritchett em suas obras de 1948 ("*Roosevelt Court: A Study in Judicial Votes and Values, 1937-1947*") e de 1954 ("*Civil Liberties and the Vinson Court*"). Nelas, replica o método de seu artigo de 1941 descrito acima, expandindo-o para cobrir a análise dos votos e os dados biográficos de cada ministro, de forma a relacionar seus valores ideológicos a seus comportamentos na corte. (BAUM, 2003, p. 67).

Apesar disso, autores que seguiram as pesquisas de Pritchett no modelo atitudinal aprofundaram apenas o aspecto quantitativo de suas pesquisas e a classificação ideológica dos ministros, deixando de lado a extensa análise dos acórdãos e biografias (BAUM, 2003, p. 69) que passou a ser desenvolvida unicamente pelos autores da corrente histórico-institucionalista.

2.1.2 Outros estudos atitudinais

A abordagem pioneira de Pritchett utilizava o histórico de decisões dos ministros para identificar a tendência ideológica de cada magistrado. O modelo atitudinal para descrever o comportamento judicial depende essencialmente da forma de investigação para descobrir e classificar a “ideologia” dos ministros.¹²⁸

Em 1965, Glendon Schubert publicou um minucioso estudo sobre a Suprema Corte norte-americana, seguindo os passos de Pritchett. Sua obra *“The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963”* analisou os votos da Corte durante o período sob a presidência do ministro Fred M. Vinson (1946 a 1953) e, parcialmente, o período sob a presidência Earl Warren (1954 a 1969). (SEGAL, 2003, p. 78).

Em seu livro, Schubert propôs que fosse superada a literatura tradicional sobre a Suprema Corte que observava as decisões a partir da concordância (ou discordância) do autor, normalmente um jurista, com relação ao resultado proferido pela Corte e a oposição entre comportamentos rotulados como “ativismo judicial” e “restrição judicial”:

Most books about the Supreme Court are addressed to quite different questions than the ones that I propose to discuss herein. Many such books take the form of commentaries upon the propriety of the public policy content of the Court's decisions. Writers express their agreement or disagreement with the policy norms that they associate with particular decisions of the Court. (...) **Closely related is the recent debate which has adorned the pages of legal and political science journals, concerning the ultimate wisdom of having the Court assume a posture of what is termed “judicial activism” as opposed to “judicial restraint.”** This particular formulation of the underlying issue of liberalism versus conservatism on the Court is personified by an explicit identification of activism with Justice Black and of restraint with the late Justice Frankfurter: these heroic antagonists are seen as having waged a mighty struggle, over the course of the past generation, with the fate of what is termed “our democratic way of life” hanging in the balance. (SCHUBERT, 1965, p. 4, sem destaques no original)

¹²⁸ Conforme Fabiana Luci de Oliveira existem três linhas principais nos estudos atitudinais quanto à identificação da ideologia dos ministros: **a)** modelo de escalonamento refinado por Glendon Schubert (1965), que utiliza as decisões anteriores dos ministros para classificar sua posição com relação aos demais; **b)** modelo de atributos, desenvolvido por Sidney Ulmer (1973), “que usa características pessoais dos juizes para predizer seus votos (como gênero, faculdade de formação, classe social, e também o partido político do governo de nomeação)”; e **c)** pela cobertura midiática (Segal e Cover, 1989), “analisando editoriais de jornais acerca da vida pregressa dos juizes antes de ingressarem no tribunal”. (OLIVEIRA, 2014, p. 3).

Schubert afirmava que seu interesse estava em identificar e expor os fatores que influenciam na formação das decisões da Suprema Corte norte-americana. Sua premissa era a de que as atitudes (ou ideologias) dos ministros com relação às questões sobre as quais são chamados a decidir constituía a determinante primária dos votos que proferem.

Para fortalecer sua crítica às pesquisas acadêmicas sobre a Suprema Corte, Schubert destacava que o mesmo argumento – a fidelidade ao precedente, na doutrina do *stare decisis* – costumava ser usada tanto por autores liberais quanto conservadores para impor suas opiniões sobre os demais:

As in the case of the *stare decisis* isotope, conservatives stack the deck against liberals by converting to their own purposes what was good liberal dogma only thirty years ago: that courts should not make policies, because for them to do so is to usurp the functions of “popularly responsible” legislatures and chief executives, thereby subverting the basic premises of a democratic polity. The proper function of courts, under this conception, is to uphold traditional values only, and then primarily by enforcing the constitutional rules of the political game. (SCHUBERT, 1965, p. 4).

Como exemplo prático desta “parcialidade” da doutrina jurídica, citou um famoso artigo de Herbert Wechsler (sem nomeá-lo diretamente) publicado após a decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (de 1954, que pôs fim à segregação racial nas escolas públicas norte-americanas). No artigo, Wechsler criticava abertamente a Suprema Corte pela decisão, acusando-a de não ter se mantido neutra em princípios de interpretação constitucional.

Schubert não escondeu sua ácida crítica à doutrina jurídica clássica, ao afirmar que o princípio invocado pelo tal “professor de direito de Harvard” não era mais do que uma moção de suporte à posição de um dos ministros:

One Harvard law professor created a modest commotion a few years ago, in law school circles and among a few political-scientist public-lawyers, by advocating that the Court follow what he termed “principles of neutrality in constitutional adjudication”; this was essentially an academic brief filed in support of the general position of restraint attributed to Justice (and former Harvard law professor) Frankfurter. (SCHUBERT, 1965, p. 4-5).

Para se distanciar desta literatura, que acusava ser partidária e não-científica, Schubert propõe uma teoria e um modelo para medir o comportamento judicial a

partir de métodos de mensuração de atitudes desenvolvidos pelos psicólogos sociais Louis Thurstone, Clyde Coombs e Louis Guttman. Seu ponto de partida está na definição de **atitudes** dos ministros: “*I shall refer to attitudes of the justices, and I shall mean by “attitude” their predisposition to respond in particular ways when measured along certain dimensions*”. (SCHUBERT, 1965, p. 27).

Compreender o quadro analítico proposto requer um esforço de abstração, no intuito de traduzir e descrever o comportamento em modelos matemáticos. A base do modelo de mensuração aplicado ao comportamento dos magistrados da Suprema Corte utilizado por Schubert tem suas origens na análise multifatorial de Thurstone, aliadas às escalas multidimensional e cumulativa-linear de Coombs e Guttman (SCHUBERT, 1965, p. 22-23).

Coombs hypothesizes that when an individual responds to a stimulus, his mental process may be conceptualized as that of making a comparison between his ideal-point and the stimulus-point, *in the genotypic space*. Coombs discusses two alternative models of the measurement relationship between an *i*-point and a *j*-point pair. (SCHUBERT, 1965, p. 27-28).

Este “espaço genotípico” equivale à representação linear de um espaço ideológico, permitindo a alocação dos ministros em uma linha horizontal (régua) na qual a distância entre si indicaria a distância de suas posições com relação a assuntos determinados.

Utilizando as pesquisas do campo da psicologia que indicavam ser possível ordenar preferências de forma cumulativa-linear, Schubert ordenou as posições dos ministros em duas escalas principais: a do liberalismo político e a do liberalismo econômico. Identificando a posição de cada ministro em cada uma das votações não-unâimes dos períodos de julgamento de 1946 a 1962 (com final em 1963).

Neste período de 17 anos, Schubert registrou a posição individual dos ministros da Suprema Corte nas 1.657 decisões com votação não-unânime, dando especial atenção para os casos que opunham posições liberais contra posições conservadoras (SCHUBERT, 1965, p. 97), como, por exemplo, se eram favoráveis à livre atuação dos sindicatos ou se defendiam teses relacionadas ao livre mercado.

Para cada período de julgamento (*term*), Schubert elaborava uma tabela com os casos não-unâimes e o registro do voto dos ministros, indicando com X a posição mais liberal, com espaço a posição menos liberal e com X as

inconsistências, isto é, um ministro que alternara entre posições liberais e não liberais em um mesmo período. Eis um exemplo das anotações, com as iniciais dos ministros na primeira linha e o número dos casos na primeira coluna, para os casos julgados no período 1946/47:

Figura 2.4: Sessões de julgamento do período 1946/47, indicando casos não unânimes e os votos dos ministros de acordo com uma escala de liberalismo político.

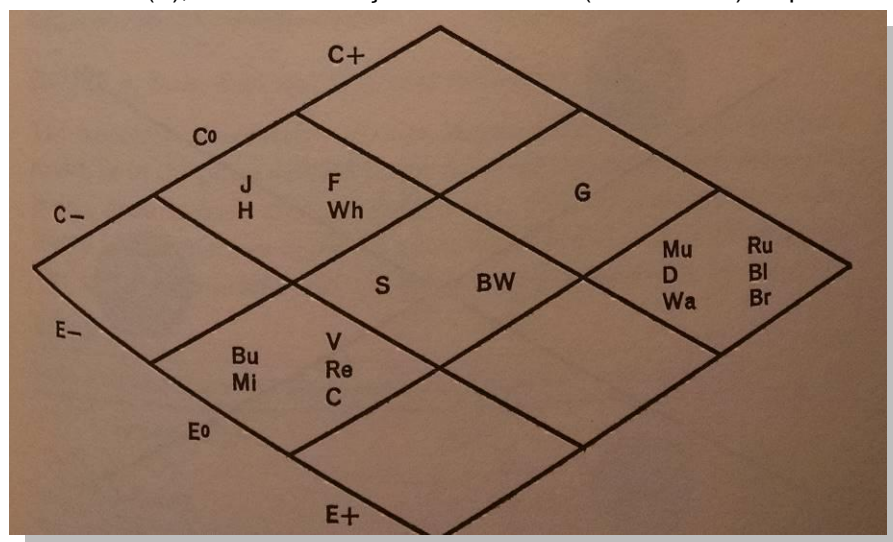
1946 TERM										
C Scale										
Justices										
Cases	Mu	Ru	Bl	D	J	Re	Bu	F	V	Totals
0/631	x									1-8
1/532	~	x								2-7
2/174:535	x	x								3-6
2/174:840	x	x								3-6
0/127	*	x	x						*	2-5
9/14:12	x	-	x							3-6
2/1	x	x	x	*						3-5
0/645	x	x	-	x						3-6
1/789:793	x	x	-	x						3-6
9/173	x	x	x	x						4-5
9/459	x	x	x	x						4-5
2/46	x	x	x	x						4-5
2/134	x	x	x	x						4-5
2/145	x	x	x	x						4-5
2/261:377	x	x	x	x						4-5
2/261:452	x	x	x	x						4-5
0/75	*	x	x	x	*					3-4
1/145	x	x	-	-	x					4-5
9/187	x	x	x	x	x	x				6-3
1/367	x	x	x	x	-	x	x			6-3
0/1	-	x	-	-	x	-	x	x		4-5
Totals	17-2	19-2	13-8	12-8	4-16	2-19	2-19	5-16	0-20 <u>74-110</u>	74-110 184
Scale positions	21	20	17	14½	4½	3	2	1	0	
Scale scores	1.00	.90	.62	.38	-.57	-.71	-.81	-.90	-1.00	
$R = 1 - \frac{16}{175} = .909 \quad S = 1 - \frac{16}{33} = .515$										

Fonte: Extraído de Schubert (1965, p. 104)

Finalmente, consolidando os dados em um plano bidimensional, cruzando as escalas do liberalismo político (C) e a do liberalismo econômico (E), indicando com

C+ e E+ os mais liberais em cada escala, redistribuiu os ministros da seguinte forma, agrupando à direita os mais liberais tanto do ponto de vista econômico quanto político, e à esquerda os mais conservadores:

Figura 2.5: Classificação conjunta de escalas lineares de liberalismo político (C) e liberalismo econômico (E), com a distribuição dos Ministros (suas iniciais) no plano tridimensional.



Fonte: Extraído de Schubert (1965, p. 195).

As observações empíricas de Schubert demonstraram que as atitudes dos ministros com relação aos valores liberais ou conservadores inerentes em cada caso teriam correlação direta com os padrões de votação observados em aproximadamente três-quartos dos casos em que a Corte estava dividida e haviam sido proferidas decisões não-unâнимes.

Entretanto, há um problema de circularidade que pode ser apontado em sua formulação teórica: ao **classificar as ideologias políticas e atitudes dos ministros da Suprema Corte coletando dados manifestados nas decisões proferidas**, Schubert estaria fornecendo explicação tautológica, medindo os parâmetros para explicar os resultados a partir dos próprios resultados. Dito de outra forma: para explicar as decisões mais conservadoras ou liberais da corte, utilizava as próprias opiniões (votos) anteriores dos ministros para classificar suas posições (entre conservador ou liberal) e então afirmar que os ministros tinham, *previamente*, este ou aquele pendor conservativo ou liberal.

Tal impasse metodológico foi ultrapassado com a publicação, em 1973, da obra *"Social Background as an indicator of the votes of Supreme Court Justices in*

Criminal Cases: 1947-1956 terms”, por Sidney Ulmer. Nela, Ulmer apresentou novo estudo atitudinal do comportamento dos ministros da Suprema Corte norte-americana, mas ao invés de utilizar decisões anteriores para identificar a posição ideológica dos ministros, desenvolveu um modelo de atributos que usaria características pessoais dos juízes para predizer seus votos (OLIVEIRA, 2014, p. 3).

No modelo de atributos, Ulmer (1973) busca classificar ideologicamente 14 ministros que atuaram perante a SCOTUS nos períodos de 1947 a 1956, medindo variáveis explicativas para o comportamento judicial (ULMER, 1973, p. 623). Dentre as inúmeras variáveis testadas em outros estudos relacionados à magistratura (como experiência no legislativo estadual; tamanho da cidade de origem; universidade na qual fizeram os estudos, etc.), Ulmer conclui que 3 principais variáveis sociológicas são indicadores suficientes para moldar atitudes: **a)** a idade quando da indicação à SCOTUS; **b)** a experiência na Administração Pública federal; e **c)** a religião declarada pelo ministro.

Eis a tabela elaborada por Ulmer a partir destas 3 variáveis, constando em **X_1** a idade na época da indicação, em **X_2** a experiência prévia na Administração Pública federal (sendo 1 para inexistente e 2 para existente) e em **X_3** a religião (sendo 1 para não-protestante e 2 para protestante). Finalmente, o campo **y** indica a proporção de casos criminais julgados favoravelmente aos governos estaduais ou federal e o campo **N** indica o total de casos julgados por aquele magistrado no período pesquisado (de 1947 a 1957):

Figura 2.6: Ministros da Suprema Corte nos períodos de 1947 a 1957 relacionados a 3 variáveis sociológicas e a porcentagem de decisões criminais favoráveis aos governos estaduais e federal.

Justices	x_1	x_2	x_3	y	N
Douglas	40	2	2	19	217
Rutledge	48	1	2	22	58
Jackson	48	2	2	56	149
Murphy	50	2	1	20	58
Brennan	50	1	1	23	38
Clark	50	2	2	59	174
Black	51	1	2	21	237
Reed	54	2	2	67	214
Harlan	55	1	2	50	62
Frankfurter	56	2	1	39	239
Vinson	56	2	2	69	136
Burton	57	1	2	54	238
Minton	58	2	2	77	133
Warren	62	1	2	32	93

*Variable identification: (x_1) age at appointment; (x_2) federal administrative experience, 1 if absent, 2 if present; (x_3) religious affiliation, 1 if nonprotestant, 2 if protestant; (y) percentage of criminal cases decided favorably for state or federal government, 1947-56 terms; N=total number of cases.

Fonte: Extraído de Ulmer (1973, p. 624).

Como resultados, Ulmer encontra que há correlação positiva entre a idade à época do apontamento e também a experiência na administração pública federal afirmando que é possível explicar 49% das decisões com estas variáveis. Distinguindo protestantes de não-protestantes, o nível de explicação é acrescido de 21 pontos percentuais, alcançando no conjunto das 3 variáveis um potencial explicativo consideravelmente alto para a variação (correlação de 0,70), conforme tabela abaixo:

Figura 2.7: Regressão múltipla dos dados da figura 2.6, indicando que as 3 variáveis X_1 , X_2 e X_3 , em conjunto, têm potencial explicativo de 70% (R^2).

Variables Entered in Equation	Multiple R	R^2
x_1	.51	.26
x_1, x_2	.70	.49
x_1, x_2, x_3	.83	.70

Fonte: Extraído de Ulmer (1973, p. 625).

Com estes dados, Ulmer demonstra ser possível relacionar origens sociais ao comportamento judicial, indicando que quanto maior a idade do ministro quando de sua indicação, aliada à prévia experiência na administração pública federal e à religião protestante, maior a probabilidade do magistrado de decidir de forma favorável aos governos estaduais e federal em ações criminais. Entretanto, tal estudo tem como limitações a aplicabilidade a populações limitadas de magistrados, em um lapso temporal limitado, como indica Ulmer (1973, p. 627).

Ainda no debate sobre a origem dos dados para identificar as posições ideológicas dos ministros, em 1989 Jeffrey Segal e Albert Cover propuseram outra forma extraprocessual para identificar as posições dos ministros: utilizar a cobertura midiática. Tal técnica “analisando editoriais de jornais acerca da vida pregressa dos juízes antes de ingressarem no tribunal” (OLIVEIRA, 2014, p. 3) é reconhecida como de grande êxito, sendo replicada em diversos estudos nos quais é conhecido como índice de Segal e Cover.

Para elaborar seu índice, Segal e Cover (1989) propuseram medidas independentes para os valores ideológicos dos ministros, isto é, medidas não obtidas pelos seus votos na corte. Para isto, desenvolveram um índice para 18 ministros da SCOTUS (de Earl Warren até Anthony Kennedy, de 1953 a 1988), atingido a partir de afirmações em editoriais jornalísticos desde a indicação pelo

presidente até o voto de confirmação pelo senado. (SEGAL e COVER, 1989, p. 559).

Como editoriais após a sabatina seriam indubitavelmente influenciados pelos votos que os ministros já teriam proferido, perderiam a característica de medida independente com relação a esses votos. Assim, foram utilizados apenas editoriais situados temporalmente entre os momentos da indicação e da nomeação.

Figura 2.8: Classificação dos ministros da SCOTUS entre conservadores e liberais, de acordo com índice criado a partir de editoriais de jornais publicados entre a indicação pela presidência da república e a nomeação definitiva, após sabatina pelo Senado.

Table 1. Justices' Values and Votes

Justice	Values ^a	Votes ^b
Warren	.50	78.1
Harlan	.75	41.9
Brennan	1.00	77.9
Whittaker	.00	43.4
Stewart	.50	51.5
White	.00	43.4
Goldberg	.50	89.6
Fortas	1.00	80.4
Marshall	1.00	79.7
Burger	-.77	29.7
Blackmun	-.77	42.9
Powell	-.67	37.9
Rehnquist ^c	-.91	19.5
Stevens	-.50	56.3
O'Connor	-.17	30.9
Rehnquist ^d	-.91	23.0
Scalia	-1.00	34.7
Kennedy	-.27	40.0

^aDerived by authors. The range is -1.00 (extremely conservative) to 1.00 (extremely liberal).

^bPercentage liberal in civil liberties cases, 1953-88.

^cValues and votes as Nixon appointee.

^dValues and votes as Reagan appointee.

Fonte: Extraído de Segal e Cover (1989, p. 560).

Por fim, a obra tida como “fruto maduro” (CLAYTON, 1999, p. 24) de estudos na abordagem atitudinal foi publicada em 1993 por Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, com o título “*The Supreme Court and the Attitudinal Model*” (A Suprema Corte e o modelo atitudinal). Nela, Segal e Spaeth perscrutaram 30 anos de decisões da Suprema Corte norte-americana para afirmar que as decisões dos ministros são estáveis, isto é, sofrem pouca ou nenhuma variação ao longo do tempo, e que seus padrões de votos correspondiam intimamente com suas preferências *a priori*:

Analyzing Supreme Court decisions over a thirty-year period, Segal and Spaeth found that: 1) that justices' votes within particular issue or policy domains approximate a “unidimensional structure” (that is, the justices' voting patterns remained stable over time); and, 2) that justices' voting patterns correspond closely to their *a priori* policy preferences, as defined by the justices' own previous voting records and newspapers accounts of their policy views at the time of confirmation. In short, the data indicated that “Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall votes the way he does because he is extremely liberal,” **and neither vote the way they do because of the law.** (CLAYTON, 1999, p. 24, *itálico no original, destaques em negrito adicionados*).

Afirmando estarem em clara contraposição aos estudos jurídicos clássicos sobre a interpretação e aplicação das leis e da Constituição (que Segal e Spaeth chamam de modelo *legalista*), os autores excluem de suas análises as questões jurídicas propriamente ditas, não se importando com o conteúdo e fundamentação jurídica das decisões, mas sim pela busca de elementos *extrajurídicos* que pudessem explicar – e prever – as decisões de magistrados e das cortes em geral.

Desta forma, utilizam a escala de Segal e Cover (1989) para identificar os valores dos ministros (a partir dos editoriais de jornais e revistas no período entre a indicação presidencial e a aprovação do ministro pelo Senado) e relacionam os resultados da escala com os votos efetivamente proferidos pelos ministros em casos envolvendo liberdades civis.

Na versão revisitada da obra (SEGAL e SPAETH, 2002) expandem a análise de 1953 até 1999 (com decisões até junho de 2000), identificando uma tendência de validade preditiva entre o valor ideológico encontrado e os votos efetivamente proferidos pelos ministros, como se vê na figura abaixo:

Figura 2.9: Ministros da Suprema Corte de 1953 a 1999 indicando seus valores ideológicos (escala de +1 para extremamente liberais a -1 para extremamente conservadores) e seus votos em casos envolvendo liberdades civis, em percentual (quanto maior, mais liberal).

Justice	Values ^a	Votes ^b	Justice	Values ^a	Votes ^b
Warren	0.50	78.6	Powell	-0.67	37.4
Harlan	0.75	43.6	Rehnquist	-0.91	21.8
Brennan	1.00	79.5	Stevens	-0.50	64.2
Whittaker	0.00	43.3	O'Connor	-0.17	35.5
Stewart	0.50	51.4	Scalia	-1.00	29.6
White	0.00	42.4	Kennedy	-0.27	36.9
Goldberg	0.50	88.9	Souter	-0.34	59.9
Fortas	1.00	81.0	Thomas	-0.68	25.7
Marshall	1.00	81.4	Breyer	-0.05	61.1
Burger	-0.77	29.6	Ginsburg	0.36	64.4
Blackmun	-0.77	52.8			

^a Updated from Segal and Cover, *op. cit.*, fn. 38 *supra*. The range is -1.00 (extremely conservative) to 1.00 (extremely liberal).

^b Percentage liberal in civil liberties cases, 1953-99 terms.

Fonte: Extraído de Segal e Spaeth (2002, p. 322).

De acordo com os dados de Segal e Spaeth (2002), os ministros mais conservadores (índice Segal e Cover negativo) tiveram menor frequência de votos favoráveis em casos envolvendo liberdades civis do que os ministros mais liberais (índice positivo). Desta forma, os autores afirmam que o modelo atitudinal tem grande poder preditivo, podendo ser aplicado para antecipar resultados de votações da Suprema Corte com suficiente acuidade em questões de liberdades civis e liberdades econômicas.

Por fim, eis adiante um quadro sintético dos estudos do modelo atitudinal apresentados neste tópico:

Quadro 2.1 – Síntese dos estudos sobre comportamento judicial a partir do modelo atitudinal

Autores/obras	Síntese	Ano das publicações
C. Herman Pritchett <i>“The Roosevelt Court”</i>	Classificação ideológica dos ministros da SCOTUS a partir de suas decisões e descrição dos grupos formados nas decisões não-unâni­mes	1941-1954
Glendon Schubert <i>“The judicial mind”</i>	Refinamento das técnicas de classificação ideológica dos ministros da SCOTUS criando escalas lineares cumulativas a partir do histórico de suas decisões de 1946 a 1963.	1965
S. Sidney Ulmer <i>“Social Background as an indicator of the votes of Supreme Court Justices in Criminal Cases: 1947-1956 terms”</i>	Classificação ideológica dos ministros da SCOTUS nos períodos de 1947 a 1956, medindo 3 principais variáveis sociológicas: a) a idade quando da indicação à SCOTUS; b) a experiência na Administração Pública federal; e c) a religião declarada pelo ministro.	1973
Jeffrey A. Segal e Albert Cover <i>“Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices”</i>	Nova forma para identificar as posições ideológicas dos ministros, utilizando editoriais de jornais acerca da vida pregressa dos juizes antes de ingressarem na Suprema Corte. Desenvolveram um índice (de -1,00 a +1,00, do mais conservador ao mais liberal) para 18 ministros da SCOTUS (de Earl Warren até Anthony Kennedy, de 1953 a 1988), obtido a partir de afirmações em editoriais jornalísticos desde a indicação pelo presidente até o voto de confirmação pelo senado.	1989
Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth <i>“The Supreme Court and the Attitudinal Model”</i> <i>“The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited”</i>	Ampliação da escala de Segal e Cover (1989) para classificação ideológica dos ministros de 1953 até 1999, identificando uma tendência de validade preditiva entre o valor ideológico encontrado e os votos efetivamente proferidos pelos ministros em casos envolvendo liberdades civis.	1993-2002

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da literatura consultada, em especial MAVEETY, 2003.

2.2 O MODELO ESTRATÉGICO: DECISÕES COMO RESULTADO DE UMA DINÂMICA DE GRUPO

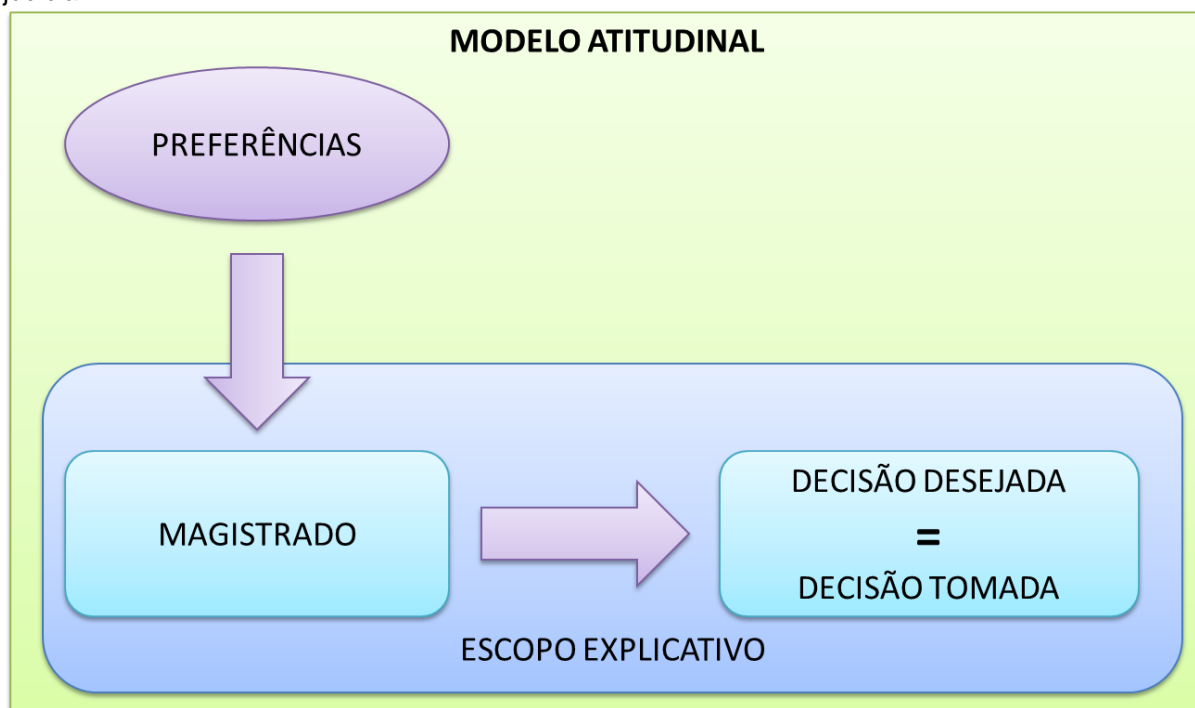
Como visto no tópico anterior, o modelo atitudinal coloca em destaque o alinhamento ideológico dos ministros, atribuindo ao posicionamento pessoal dos ministros – e sua plena liberdade de decisão – o maior peso explicativo do resultado dos julgamentos. Como indica Keith Whittington, o modelo atitudinal assume que os magistrados manifestam seus votos de forma sincera, o que equivale a dizer que cada magistrado escreve seus votos de forma a refletir suas preferências, independentemente dos votos dos demais magistrados e sem temer sofrer constrangimentos por assumir suas posições abertamente, fazendo com que o resultado de votações na Suprema Corte seja equivalente à média das preferências individuais dos ministros:

[T]he attitudinal model posits that a judge will vote so that the case outcome is as close to her preferred position as possible. The only real constraint that Supreme Court justices face is the necessity of gaining majority support for their position. A simple spatial model would indicate that Court decisions should reflect the preferences of the median justice on any given issue, the pivotal swing justice. Judicial decisions are a relatively simple matter of counting noses. Each justice can be expected to vote sincerely – that is, vote in a way that reflects his or her true preferences on that issue – and attitudinalists have been able to claim impressive success in being able to predict case outcomes based on the prior voting behavior of the justices. (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

Desta forma, o modelo atitudinal considera que a independência e autonomia dos magistrados nas cortes constitucionais é tão grande que suas decisões mantêm identidade praticamente perfeita com suas preferências, eis que ausentes constrangimentos capazes de interferir em suas tomadas de decisão.

Em representação simplificada, o escopo explicativo do modelo atitudinal pode ser exposto da seguinte forma:

Figura 2.10: Escopo explicativo do modelo atitudinal de comportamento judicial.



Fonte: elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Taylor (2007).

Em contraste, a corrente estratégica (ou “*institucionalismo da escolha racional*”)¹²⁹ atribui como explicação para o comportamento dos magistrados seu esforço, como membros dos tribunais, de conquistar e manter poder em sua esfera de atuação (TAYLOR, 2007, p. 244).

Nancy Maveety aponta que o modelo estratégico privilegia as dinâmicas de grupo, levando em conta questões como a liderança, a interação entre coalizões e as regras institucionais como variáveis determinantes das decisões judiciais:

As a theory of judicial behavior and a program for judicial behavior research that resisted some of the more reductionist tendencies of judicial attitudinalism, it might be succinctly summarized as “**group dynamics matter.**” (...) the pioneers of the strategic approach to the study of judicial behavior added the importance of small-group, leadership, and interdependent decision-making factors in the explanation of judicial choice. **Rather than dismissing the importance of socially determined political attitudes, these scholars pointed to their interaction with collegial choice, institutional rule, and role orientation variables in affecting judicial decisions, including opinion coalition formation.** From these

¹²⁹ Também chamada de “institucionalismo da escolha racional” (“*rational choice institutionalism*”, ou simplesmente “*rational choice*”). Parte da literatura consultada divide as abordagens institucionalistas entre o “institucionalismo da escolha racional” e o “institucionalismo histórico” (WHITTINGTON, 2000, p. 615).

somewhat unsystematic observations, strategic neoinstitutionalists saw the opportunity to develop formal models of the strategic situations and institutional constraints within which judges seek to express their policy preferences. (MAVEETY, 2003, p. 193, sem destaques no original).

Os pesquisadores do modelo estratégico, aplicando o institucionalismo da escolha racional ao comportamento judicial, tendem a compartilhar várias premissas com os estudiosos do modelo atitudinal. Em primeiro lugar, consideram que os indivíduos têm preferências fixas e a formação destas preferências se dá de forma exógena à análise do modelo de comportamento judicial. Tanto o modelo atitudinal quanto o estratégico tomam as preferências dos magistrados como um dado posto, que deve ser descoberto (e não explicado), para então compreender como e por que os magistrados adotaram determinadas posições em suas decisões. (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

Entretanto, diferentemente do atitudinal, o modelo estratégico enfatiza os constrangimentos que impedem os magistrados de decidirem exatamente como desejariam, assumindo que estes podem precisar agir estrategicamente para antecipar o comportamento de outros atores e modular suas decisões, como descrito por Keith Whittington:

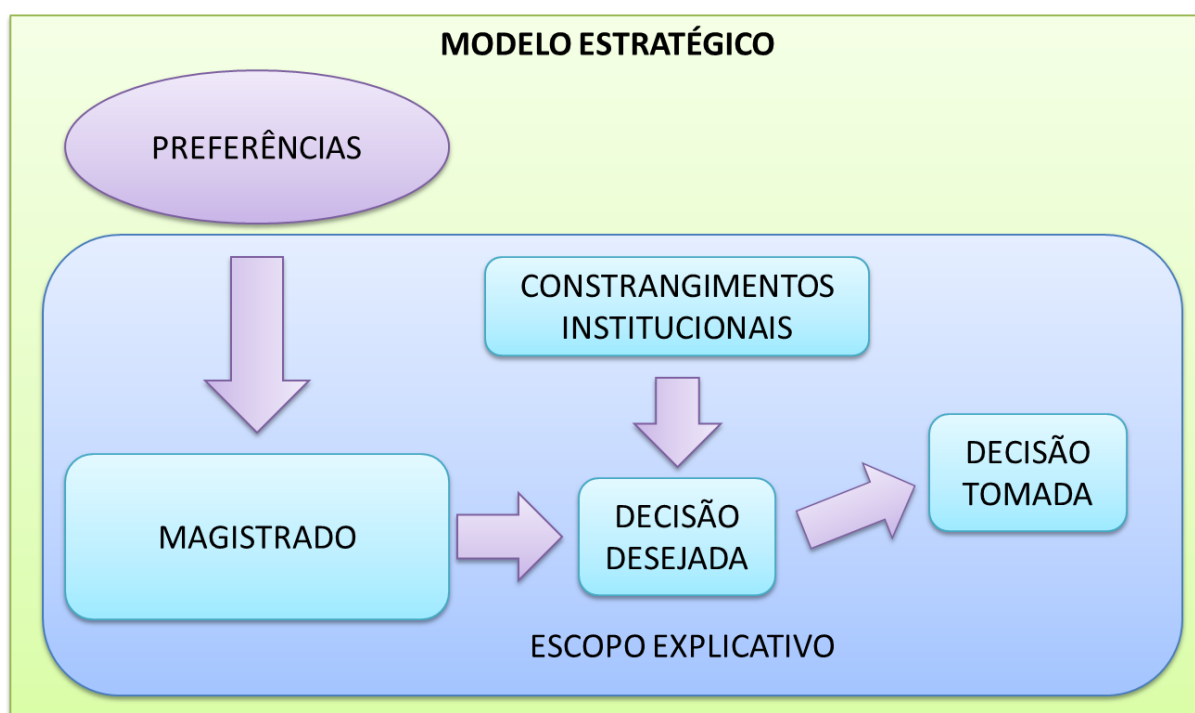
Although these behavioral assumptions are largely shared with attitudinalists, **rational choice scholars emphasize the constraints on individual actors. (...) Rational choice scholars, by contrast, assume that the constraints faced by justices are more severe and also that some of those constraints are mutable.** Notably, the choices of relevant actors may be interdependent. As a result, in order to achieve their desired outcome, it may not be enough for judges to act sincerely. **They may need to act strategically, in the sense of understanding and anticipating the likely responses of others to the judge's own actions. Judicial decisions may not simply reflect judicial attitudes, but may also reflect the larger strategic environment.** (WHITTINGTON, 2000, p. 613, sem destaques no original)

O modelo estratégico indica que a decisão tomada pelos magistrados – mesmo nas cortes constitucionais – pode ser diferente daquela desejada, eis que na interação com os constrangimentos existentes (e.g.: posição dos colegas, respostas legislativas e retaliações orçamentárias), um magistrado pode prever que sua decisão preferencial despertaria forte reação de seus colegas (ou de outras

instituições) e que o resultado final seria mais distantes de sua decisão ideal. Desta forma, antecipando o comportamento dos demais atores, pode alterar sua decisão como parte de uma estratégia para que o resultado final se torne mais próximo do desejado.

Eis o escopo explicativo do modelo estratégico, em representação simplificada:

Figura 2.11: Esquema simplificado do escopo explicativo do modelo estratégico de comportamento judicial



Fonte: elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Taylor (2007).

Um dos maiores exemplos para ilustrar o comportamento estratégico de ministros da Suprema Corte norte-americana é o caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Retomando¹³⁰ algumas características do caso, diversos estudos (CLINTON, 1994, p. 286; WHITTINGTON, 2000, p. 612; KRAMER, 2004, p. 7-8) indicam que tal decisão resultou de um cálculo estratégico no qual a decisão proferida pelo *Chief Justice* Marshall não coincidiu exatamente com o que seria sua decisão inicialmente desejada.

¹³⁰ O contexto da decisão de *Marbury v. Madison* foi descrito em detalhes no capítulo 1, p. 43.

Oriundo do mesmo grupo político de Marbury – e portanto inclinado a conceder-lhe o direito à nomeação –, *Chief Justice* Marshall estava na delicada situação de que, caso desse procedência à ação para obrigar Madison a finalizar a nomeação de Marbury na magistratura federal, a Suprema Corte sofreria retaliações¹³¹ pelo novo governo de Thomas Jefferson. Ao decidir que Marbury teria direito à nomeação, mas que a Suprema Corte era instância incompetente para julgar a causa, o voto redigido por Marshall não correspondeu à decisão que tomaria caso fosse completamente livre para decidir de acordo com suas preferências.

Desta forma, o modelo estratégico parte do pressuposto que os magistrados **não são completamente livres** para impor suas vontades nas decisões (como pressupõem os estudos do modelo atitudinal), eis que haveria constrangimentos institucionais que limitariam seu poder.

Strategic judges must calculate what others will do and adjust their behavior accordingly. As a consequence, decision making occurs in stages and the ordering of those stages can matter. Institutions are players in their own right, and the primary unit of analysis is institutions that empower some actors and define sanctions. Justices need to know not only their own and other justices' preferences in a given case but also the preferences and powers of presidents, legislatures, interest groups, and lower courts. (WHITTINGTON, 2000, p. 612).

Ao constatar que as decisões da Suprema Corte não desviam significativamente das preferências do regime majoritário existente, Tracey George e Lee Epstein explicam que, por não dispor de mecanismos para garantir o cumprimento de suas decisões, a Corte busca apoio do público e de outros atores políticos para não perder sua legitimidade institucional, tendendo assim a “seguir” (ou ao menos a considerar) o resultado das urnas:

In short, because the **justices lack any real mechanism to enforce their decisions, they depend on other political actors (and the public) for support of their positions** (Johnson and Canon 1984). Without such support, the Court could lose its institutional legitimacy, a danger of which its members seem well aware (Caldeira 1991). **Accordingly, for the Court to have power within government it must "follow the election returns," or at the very least, consider them** (Barnum 1985). Along similar lines, the

¹³¹ No contexto de intensa polarização partidária, Jefferson declarava publicamente que ignoraria a decisão da Suprema Corte, caso esta desse procedência à ação movida por Marbury (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

Court, at least on occasion, takes cues from the political environment to guide its decisions (Vidmar and Ellsworth 1974). (GEORGE e EPSTEIN, 1992, p. 325-326, sem destaques no original).

Neste modelo de comportamento judicial, os ministros levam em conta as preferências sinalizadas pelos outros poderes para decidir de forma estratégica. Em um estudo sobre a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Gretchen Helmke afirma que é justamente a ausência de independência institucional que leva os magistrados argentinos a enfrentar e contrariar os interesses do governo, quando percebem que este tem pouca sustentação política ou popular. (HELMKE, 2002, p. 291).

(...) in stark contrast to the conventional wisdom sketched above, I argue that under certain conditions the very lack of independence motivates judges to challenge the other branches of government. Specifically, once the government in office begins to lose power, **judges who lack institutional security begin facing incentives to increase their antigovernment rulings to distance themselves from a weakening government.** I refer to this phenomenon as a strategic defection. (HELMKE, 2002, p. 291, sem destaques no original).

Para formular um estudo neste tipo de abordagem, uma das dificuldades reside em identificar as informações disponíveis para cada ator institucional e como se dá o fluxo de mensagens e sinalizações entre eles. É uma questão de expectativa, que deve ser identificada e considerada na forma de algum marcador equivalente (*proxy*) que sinalize as intenções e antecipe o comportamento do outro ator institucional em resposta a determinado julgamento, por parte dos ministros.

Encontrar como são passadas essas mensagens não é tarefa evidente e não há uma fórmula única de sucesso para modelar um estudo empírico com suficiente potencial explicativo.

Barry Friedman dá exemplos históricos de como, mesmo em interpretações constitucionais (mais difíceis de sofrerem o efeito *backlash* nos EUA, dada a dificuldade procedimental para se aprovar uma emenda¹³²), ainda assim os outros

¹³² Nos termos do artigo 5º da Constituição norte-americana, as emendas devem ser propostas por 2/3 dos membros da Câmara e do Senado ou por 2/3 dos Estados, sendo ratificados por ¾ dos legislativos estaduais. Abaixo, o texto constitucional em sua versão original: “*The Congress,*

poderes (os poderes eleitos) mantêm um grande arsenal de armas para retaliar um Judiciário que lhes causem obstáculos. Magistrados podem sofrer *impeachment*, a jurisdição pode ser reduzida, as cortes podem ser inchadas (*packed*)¹³³ e os orçamentos podem ser cortados. (FRIEDMAN, 2005, p. 313).

Ainda que esses atos raramente aconteçam, Friedman recorda casos memoráveis, como no final da *Era Lochner*, quando da oposição sistemática da Corte às medidas do *New Deal* propostas por F. D. Roosevelt:

It is true that the other branches rarely deploy these weapons against the judiciary – at least in recent memory – but the **doctrine of anticipated reaction holds that the political branches can both keep the powder dry and the judiciary in check**. History is certainly replete with instances in which these measures have been employed. (...) The Court's size was changed at several points during the Civil War and Reconstruction and, in at least one famous instance; this had an immediate and substantial impact. **Roosevelt's Court-packing plan did not succeed in changing the size of the Court, but the doctrine itself changed quickly enough thereafter.** (...) To this day, Justices demonstrate an awareness of these historical events as a nod toward the Court's relatively fragile position. (FRIEDMAN, 2005, p. 314, sem destaques no original).

Além das ameaças que o Judiciário pode sofrer, há também incentivos possíveis de serem encontrados no jogo da separação de poderes. Isso é interessante para descrever o STF, em que é possível observar determinados comportamentos de deferência ao governo como forma de preservação da integridade institucional, em vista do apoio popular que uma determinada política

whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate". (EUA, 2007).

¹³³ Em resposta às derrotas judiciais da legislação do *New Deal* na Suprema Corte norte-americana, o presidente Franklin Delano Roosevelt enviou ao Congresso a *court packing bill*, de 1937, solicitando poderes para indicar novos ministros – um para cada ministro acima de 70 anos de idade que não estivesse aposentado –, aumentando o número de integrantes da corte de nove para quinze ministros. A lei não foi aprovada, mas a Corte modificou seu comportamento com relação aos interesses do governo. No Brasil também tivemos episódios de *court packing* com a ditadura militar, quando cinco ministros adicionados à composição do Supremo pelo Ato Institucional n. 2, que elevou o número de ministros de 11 para 16.

pública pode ter e a impopularidade de sua oposição pelo STF, por exemplo. Neste sentido, Friedman afirma: “*para a preservação de poder e integridade institucional, magistrados precisam garantir que suas ordens sejam executadas pelos outros poderes*”. (FRIEDMAN, 2005, p. 315).¹³⁴

2.2.1 Estudo pioneiro do modelo estratégico: Walter F. Murphy, 1962

Em 1962, Walter F. Murphy publicava “*Congress and the Court: A case study in the American Political Process*”, obra na qual descrevia as complexas situações confrontando a Suprema Corte norte-americana em suas relações com o Poder Legislativo. Sua ênfase estava na estratégia que parlamentares adotavam para evitar que determinadas leis viessem a ser declaradas inconstitucionais pela corte, bem como nos movimentos dos ministros da Suprema Corte para evitar que suas decisões fossem atacadas por alterações legislativas.

Em outro livro, “*Elements of Judicial Strategy*” de 1964, demonstrou como os ministros da Suprema Corte se comportavam de maneira estratégica entre si, levando em consideração as preferências de seus colegas para então realizar suas escolhas, desde os casos a serem julgados (o procedimento de concessão do *certiorari*), até definir qual voto proferir e se juntar à maioria ou à minoria:

Relying on institutions derived from the rational choice paradigm, Murphy sought to demonstrate that Supreme Court Justices operate in a political context not wholly unlike elected officials. He painted a portrait of policy-minded jurists who make choices ranging from which cases to hear to which opinions to join, while paying some attention to the preferences of other actors (such as their colleagues and members of Congress) and the actions they expect them to take. Elements, in other words, elucidated the strategic nature of judicial decision making. (EPSTEIN e KNIGHT, 1998, p. ix)

Murphy afirmava que para que as teorias do comportamento judicial fossem úteis, além de conhecer como os magistrados se comportam, seria necessário compreender qual extensão de escolhas se descortina para eles e como tais escolhas podem ser expressas. Nas palavras de Walter Murphy, o importante é compreender “*como um ministro da Suprema Corte pode utilizar seus recursos,*

¹³⁴ Tradução livre do original: “*Preserving institutional integrity and power requires judges to ensure that their orders are implemented by the other branches*”. (FRIEDMAN, 2005, p. 315).

assessores e auxiliares para atingir um conjunto determinado de diretrizes políticas". (MURPHY, 1964, *apud* AUMANN, 1965, p. 205).¹³⁵

Murphy realizou análises de custo-benefício envolvendo cada escolha particular dos ministros. Ele então considerou os problemas de um julgador como sendo um dos nove integrantes da Suprema Corte. Dentro de um pequeno grupo de indivíduos, há uma dinâmica – afirmava Murphy – na qual cada magistrado, para alcançar seus objetivos, deveria buscar apoio de seus colegas por meio do convencimento sobre o mérito da questão, ou então explorando amizades pessoais, utilizando qualquer outro mecanismo de barganha.

Para que fosse possível compreender este microcosmo da Suprema Corte, Murphy se aprofundou nas anotações privadas dos ministros para descrever tais situações de persuasão e convencimento entre ministros.

Enquanto outras pesquisas do comportamento judicial nos anos 60 (incluindo Glendon Schubert e S. Sidney Ulmer) direcionavam seus estudos para explicar os votos dos ministros da Suprema Corte, Murphy concentrou esforços na busca da compreensão das decisões estratégicas da Corte. (EPSTEIN e KNIGHT, 2003, p. 200). Com este intuito, Murphy descreveria as decisões da Corte como resultado de uma atuação estratégica na qual estariam presentes alguns elementos: *a)* os ministros tinham preferências para um determinado resultado de suas decisões; *b)* entretanto, tinham uma leitura de expectativas sobre as escolhas e preferências de outros atores, e *c)* suas decisões finais eram moduladas pela capacidade de reação ou oposição dos demais atores, capacidade diretamente relacionada às regras institucionais determinantes das votações na Corte e nas relações entre o Judiciário e os demais poderes. (EPSTEIN e KNIGHT, 2003, p. 202).

Assim, Murphy investiga as interações estratégicas dos magistrados da Suprema Corte com as cortes inferiores, o Congresso e o Executivo "*and the strategies and tactics which he must employ to overcome the various institutional checks which limit him*". (MURPHY, 1964, *apud* AUMANN, 1965, p. 206).

Como conclusões, Walter Murphy afirma finalmente que o leque de escolhas abertas para um ministro motivado politicamente é diferente daquela usualmente

¹³⁵ Tradução livre do original: "*how can a justice of the Supreme Court most effectively utilize his resources, official and personal, to achieve a particular set of policy objectives*". (MURPHY, 1964, *apud* AUMANN, 1965, p. 205).

descrita pela "sabedoria convencional", pois os complexos sistemas nos quais os ministros operam os compõem a sopesar numerosos fatores além das questões legais específicas do caso, expressando suas preferências de muitas formas que ultrapassam o simples voto e a escrita de decisões.

Assim, Murphy amplia a análise das decisões da Suprema Corte para as inúmeras possibilidades de negociação, barganhas, *lobbies* e outros meio que aumentam o espectro e o significado de cada escolha em votos da Suprema Corte.

2.2.2 Outros estudos do modelo estratégico

Embora a obra de Walter Murphy seja contemporânea a de pesquisadores consagrados no modelo atitudinal, como Schubert (1965) e Ulmer (1973), seu modelo estratégico de compreensão das decisões da Suprema Corte norte-americana passou décadas sem ser adotado. Importantes acadêmicos da época manifestavam seu ceticismo com relação à obra de Murphy, afirmando que sua ênfase nos bastidores da Corte poderia provocar a ira dos ministros:

While Murphy was working on *Elements*, reactions from the scholarly community were not favorable. Alpheus Mason thought that Murphy's emphasis on behind-the-scenes maneuvering on the Court was "going to stir up snakes". Schubert was dismayed that Murphy was not setting up hypothesis and systematically mining information from the justices' papers to test these theories and was concerned about Murphy's emphasis on process and doctrine rather than on votes. (EPSTEIN e KNIGHT, 2003, p. 205)

Foi somente no final dos anos 90 que uma nova geração de estudos recuperou suas premissas, com especial destaque para as obras "As escolhas que os ministros fazem"¹³⁶ de Lee Epstein e Jack Knight (1998) e "Produzindo a lei na Suprema Corte", de Maltzman, Spriggs e Wahlbeck (2000):

The Choices Justices Make, by Lee Epstein and Jack Knight (1998), and Crafting Law on the Supreme Court, by Forrest Maltzman, James F. Spriggs II, and Paul J. Wahlbeck (2000), has given new impetus to the rational choice approach. The first set of authors proposed that [justices] are not unsophisticated characters who make choices based solely on their own political preferences. Instead, justices are strategic actors who realize that their ability to achieve their goals depends upon a consideration of the preferences of others, of the choices they expect others to make, and of the institutional context in which they act. (WRIGHTSMAN, 2006, p. 135)

136

Tradução livre do título original "*The choices Justices make*".

Lee Epstein e Jack Knight (1998) tiveram um cuidado especial para montar sua base de dados. Escolheram duas amostras de casos, todos os casos ouvidos entre outubro de 1982 e julho de 1983, que constam no registro do ministro Brennan (N = 157) e casos de destaque ("*landmark cases*") decididos durante os anos da Corte Burger (1969 a 1985). A sistemática utilizada para escolher essas amostras particulares foi a de testar o modelo estratégico tanto em um período anual de julgamentos (o de 1982) quanto em casos importantes (levando em conta que as posições dos ministros nos projetos de votos começam a ser registrados a partir de 1969):

We thought it important to examine both important cases and an entire term, and a typical one at that, to ascertain whether strategic behavior is commonplace or whether some critics of Murphy are correct in arguing that strategic behavior (if it exists) may be limited to landmark litigation. Moreover, our focus on the Burger Court era is by no means accidental. We needed to collect most of the data from the justices' papers rather than from published sources. For the Burger Court years, we could access (1) the case files of Marshall and Brennan, who served during the entire period, (2) Justice Powell's records, including case files, docket books, and conference notes, dating from January 1972; and (3) Brennan's conference notes and docket books - records that scholars have deemed highly reliable and comprehensive. In addition, a number of important changes in the Court's internal record-keeping procedures came about during the Burger years. Before the 1969 term, for example, justices did not regularly note where they had made changes on their opinion drafts; now they almost always do. Certainly, such procedural changes were designed to facilitate the decision-making process for justices, but they also help scholars trace that process in a systematic way. (EPSTEIN e KNIGHT, 1998, p. xv).

Discutindo sobre um caso específico (*Craig v. Boren*, de 1976) em que tinham evidências de que ministros haviam alterado suas opiniões e modificado seus votos, os autores definem seu problema de pesquisa com as seguintes questões em torno da compreensão dos motivos que levaram os ministros a esse comportamento:

Why did Powell, Blackmun, and Burger alter their votes? Why did Brennan advance the heightened scrutiny test when he clearly favored strict scrutiny? Why did Marshall join Brennan's opinion, when it adopted a standard he found less than appealing? More generally, why did *Craig* come out the way it did? (EPSTEIN e KNIGHT, 1998, p. 9).

Os autores indicam finalmente que as alterações de votos constatadas no caso *Craig v. Boren* não constituem exceção: seus dados apontaram que, no período pesquisado, os ministros modificavam seus votos em mais da metade de todos os casos levados à instrução, fazendo alterações para acomodar sugestões de colegas e aderir a votos que não refletiam, necessariamente, suas preferências originais. (EPSTEIN e KNIGHT, 1998, p. 9).

Um estudo anterior que também apontava algum grau de comportamento estratégico de ministros da Suprema Corte foi o conduzido por Tracey George e Lee Epstein em 1992.

Observando os casos de pena de morte, os autores puderam perceber que, enquanto os fatores jurídicos eram mais relevantes nos primeiros estágios do processo decisório, as variáveis “extralegais” passavam a explicar melhor o resultado das decisões tomadas pelos ministros ao longo do desenvolvimento do caso:

On another level, however, these roles may not necessarily be equivalent. Our analysis of capital cases reveals that legal factors have the greatest impact at the early stages of an issue's life; as it evolves, however, extralegal variables dominate. In a way, therefore, our results reinforce the legal paradigm set out by the pragmatic Benjamin Cardozo (1921). **When the law ceases to be consistent with the Court's "sense of justice," there occurs a greater willingness to abandon it. This, he wrote, should be the nature of the judicial process. Our analysis confirms that (at least for death penalty litigation) it is.** (GEORGE e EPSTEIN, 1992, p. 334, sem destaques no original).

Para explicar o comportamento estratégico dos ministros, George e Epstein afirmam que a ausência de mecanismos reais para que a Suprema Corte possa executar suas decisões leva à sua dependência de outros atores políticos e do público para dar suporte a suas posições. Sem tal suporte, a Corte perderia sua legitimidade institucional, um risco que os ministros evitam por meio da deferência aos resultados eleitorais:

Accordingly, for the Court to have power within government it must "follow the election returns," or at the very least, consider them. Along similar lines, the Court, at least on occasion, takes cues from the political environment to guide its decisions. (GEORGE e EPSTEIN, 1992, p. 325-326).

Em outro estudo relevante, Forrest Maltzman e Paul J. Wahlbeck (1996) analisaram as considerações estratégicas que levavam os ministros a alterarem seus votos entre as primeiras reuniões de discussão dos casos e sua posição final.

Maltzman e Wahlbeck introduzem o problema das mudanças de opinião dos ministros (que chamam de "fluidez dos votos") para indicar que sua ocorrência (relativamente frequente) coloca em xeque o modelo atitudinal. Ao partir do pressuposto que os ministros tomam suas decisões unicamente com base em suas preferências pré-definidas (como indicam os estudos atitudinais), as mudanças de voto teriam que ser consideradas como uma anomalia, eis que não haveria razão para que os ministros mudassem de opinião:

Voting fluidity on the Supreme Court presents a paradox to judicial scholars. (...) The attitudinal model of Court decision making suggests that preferences alone account for the behavior of Supreme Court justices (Segal and Spaeth 1993, 65). Indeed, attitudinalists view justices as "naive decision makers who always vote their unconstrained attitudes" (Epstein and Knight 1995, 2). They argue that justices make decisions exclusively on the basis of their fixed preference concerning the case outcome, and the Court's written opinions are therefore just "post-hoc rationalizations" of their earlier decision on the merits, cloaking their true motivations (Frank [1930] 1970, Schubert 1965, Segal and Spaeth 1993). **If this is an accurate depiction of judicial decision making, reevaluation of a justice's position and subsequent vote change as a result of the Court's deliberation and circulation of a draft opinion is an anomaly.** If justices have a clear set of policy preferences or attitudes that they apply in reaching the decision on the merits, what explains vote change? (MALTZMAN e WAHLBECK, 1996, p. 582).

Para observar as alterações, a grande dificuldade estava em obter os dados sobre o "placar" das votações (e a respectiva posição individual de cada ministro) na primeira sessão de julgamento ("*conference on the merits*"), eis que esta é fechada ao público e que as regras do tribunal proíbe aos assessores e assistentes que registrem o conteúdo das discussões.

Entretanto, puderam obter tais informações a partir das anotações do ministro William Brennan (que registrava os votos iniciais de cada ministro) cujos documentos pessoais foram disponibilizados a pesquisadores após sua aposentadoria voluntária da corte, em 1990.¹³⁷

¹³⁷ William Joseph Brennan (nascido em 1906 – falecido em 1997) foi ministro da Suprema Corte norte-americana de 1956 a 1990. Seus documentos pessoais, correspondências e manuscritos

Maltzman e Wahlbeck (1996) se concentraram nas votações realizadas nos casos entre os anos 1969-1985 (anos da Corte sob a presidência do *Chief Justice* Warren E. Burger) e, observando as alterações de voto, buscaram identificar os elementos que influenciaram nas mudanças e passaram a testar hipóteses que pudessem explicá-las.

Figura 2.12: Ministros da Suprema Corte de 1969 a 1985 e o número de vezes (percentual) em que mudaram de opinião entre a primeira reunião de julgamento e a decisão final, demonstrando que a mudança é mais frequente quando os ministros se encontravam no grupo com a opinião vencida (grupo minoritário).

TABLE 1. Frequency of Vote Changes (Fluidity), by Conference Status and Justice			
Justice	Percent Fluidity When in		Overall Percent Fluidity
	Conference Majority	Conference Minority	
Black	11.5%	24.4%	14.9%
Blackmun	4.0	20.5	6.7
Brennan	5.1	15.7	8.5
Burger	4.3	17.8	6.3
Douglas	8.2	11.4	9.6
Harlan	5.4	27.3	8.6
Marshall	7.6	18.2	10.7
O'Connor	5.6	13.6	6.8
Powell	3.9	20.5	6.2
Rehnquist	3.3	23.4	8.9
Stevens	4.4	10.4	5.8
Stewart	3.8	18.2	6.5
White	3.3	22.5	6.2
AVERAGE	4.6	18.1	7.5

Note: This table shows how frequently each of the 13 justices who served on the Burger Court changed his or her vote after the initial conference. This is calculated by dividing the number of cases in which the justice changed votes by the justice's total number of conference votes in the majority coalition, the minority coalition, and overall.

Fonte: Extraído de Maltzman e Wahlbeck (1996, p. 588).

Como variáveis explicativas, sugerem que a decisão dos ministros de compor uma determinada maioria ou minoria depende de uma verdadeira política da

do período em que esteve na corte correspondem a 379.000 itens guardados na Biblioteca do Congresso (*Library of Congress*). O catálogo que indica o acervo da biblioteca está disponível em <<http://goo.gl/oeRmeO>> e fiel à tradição norte-americana de trazer algumas curiosidades sobre o conteúdo, aponta que os documentos ocupam 1.087 caixas que, se enfileiradas, se estenderiam por mais de 130 metros. O dado, embora irrelevante, serve para ilustrar a dimensão da tarefa hercúlea que Maltzman e Wahlbeck empreenderam para colher as informações necessárias para sua pesquisa.

elaboração do voto: *"we show that justices' decisions to change their votes stem primarily from strategic policy considerations. (...) Our findings suggest that the decision of a justice to join an opinion results from more than his or her initial policy preferences; final votes are influenced as well by the politics of opinion writing"*. (MALTZMAN e WAHLBECK, 1996, p. 581).

A hipótese construída por Maltzman e Wahlbeck é a de que os ministros usariam sua posição – isto é, o voto para compor a maioria ou a minoria – como moeda de troca para barganhar alterações no texto final do acórdão:

What prompts a justice to change position? Murphy (1964) suggests that the answer rests, at least in part, in the strategic interaction among justices. **After all, the key resource that policy-minded justices have at their disposal is their vote and opinion - and these can be used as bargaining chips to affect the content of the Court's opinion.** It thus seems likely that justices might switch their votes in response to draft opinions as they attempt to obtain final Court opinions consistent with their views. (...) The nature of this strategic interaction is frequently seen in exchanges over opinion passages. **Justices often ask the opinion author to address their concerns by modifying the draft opinion through the addition of a phrase or the deletion of a few sentences. These requests are frequently presented as a condition for joining the opinion.** Justice tacitly threatens to withhold support if the changes are not made; indeed, they may refrain from joining the opinion and may instead write or join a concurring or dissenting opinion. (MALTZMAN e WAHLBECK, 1996, p. 581, sem destaques no original).

Para compreender o comportamento aparentemente incongruente dos ministros, Maltzman e Wahlbeck realizaram testes com nove hipóteses explicativas para as mudanças de opinião dos ministros, que investigavam desde a proximidade ideológica de um ministro com o ministro relator (caso em que a mudança de opinião seria improvável) até o grau de experiência do ministro na Corte (caso em que mais novos tenderiam a mudar mais de posição) e a quantidade de votos da maioria inicial (caso em que, quanto maior a maioria de votos com uma opinião, mais improvável a mudança de ministros para o lado da minoria).

Como resultados, encontraram que a probabilidade de fluidez, isto é, de mudança de voto, é de 89,8% se o ministro é ideologicamente próximo do autor do voto divergente do seu, na primeira reunião de decisão. Esse dado corrobora os estudos atitudinais, demonstrando que ministros de mesmo matiz ideológico tendem a se aproximar e votar formando coalizões relativamente estáveis.

Figura 2.13: Probabilidade de mudança de voto a partir das nove hipóteses testadas.

TABLE 3. Simulated Probability of Vote Change	
Characteristics	Probability
Benchmark	.018
Author distance	
Closer to ally	.000
Equidistant	.046
Closer to opponent	.898
Coalition placement	
Far side of initial coalition	.013
Between coalitions	.021
Far side of opposite coalition	.033
Minimum winning coalition	.013
Case complexity	
Easy	.016
Hard	.020
Freshman Justice	.023
Dissenters	
3 Justices	.077
1 Justice	.152
Minority coalition member	.044

Fonte: Extraído de Maltzman e Wahlbeck (1996, p. 589).

Entretanto, um comportamento que parece ser estratégico, os dados colhidos também demonstraram que os ministros que se encontram integrando a minoria, alteram seus votos para compor a maioria em maior proporção quando estão sozinhos na dissidência. Assim, o tamanho da coalizão que está em uma determinada posição afeta a possibilidade ou não de ministros mudarem de lado.

Isso poderia ser explicado pela maior possibilidade de influenciar o voto vencedor caso os ministros façam parte da maioria. Como afirmam Maltzman e Wahlbeck, o autor da opinião majoritária tem pouco ou nenhum incentivo para atender sugestões de um ministro dissidente:

Since the majority opinion becomes the law of the land, justices who wish to shape the law have an incentive to be part of the majority. Consistent with this theory is the fact that justices who initially voted with the majority switched only 4.6% of the time, and justices who initially dissented switched 18.1% of the time. (MALTZMAN e WAHLBECK, 1996, p. 591).

Finalmente, outro estudo que merece nossa especial atenção foi o realizado por Lee Epstein e Jack Knight (1999) para identificar o fluxo de informações disponível para os ministros e verificar se, de alguma forma, os ministros utilizavam as informações para “reconhecer” a saliência e importância do caso na opinião pública. Os pesquisadores se puseram à observação detalhada das manifestações dos *amici curiae* constantes nos autos em julgamento perante a Suprema Corte norte-americana.

Epstein e Knight notaram que as petições recebidas nos autos da Suprema Corte por indivíduos e entidades na condição de *amicus curiae* podem servir para indicar aos ministros a preferência dos atores políticos e de determinados setores da opinião pública sobre o resultado de determinados temas em juízo.¹³⁸

Para estruturar seu argumento, Epstein e Knight elaboram uma descrição do fluxo de informações que cada ministro da Suprema Corte norte-americana tem sobre as preferências dos diversos atores institucionais e da sociedade civil, sugerindo que as petições de *amicus curiae* desempenhariam, para os ministros da Suprema Corte, a mesma função que lobistas para os congressistas, fornecendo informações sobre as preferências de outros atores que os ministros levam em conta no momento de tomar suas decisões:

[W]e argue that organized interests – participating as *amici curiae* – **play a role for justices similar to that lobbyists play for legislators**: they provide information about the preferences of others actors, who are relevant to the ability of justices to attain their primary goal – to generate *efficacious* policy that is as close as possible to their ideal points. **In other words, just as information permits legislators to make rational decisions, so too does it enable justices to make choices to maximize their preferences.** Perhaps this is why Congress so rarely overturns Supreme Court decisions. (EPSTEIN e KNIGHT, 1999, p. 215, sem destaques no original).

Desta forma, argumentam Epstein e Knight, os ministros precisam contar com uma fonte de informação que os permitam, com certa precisão, calcular o contexto político no qual estão operando (EPSTEIN e KNIGHT, 1999, p. 219-220).

¹³⁸ No Brasil, o papel desempenhado pelos *amici curiae* no STF é objeto de estudos que buscam mensurar o grau de impacto e influência de suas participações no processo decisório. (DUARTE e CARVALHO, 2013; GODOY, 2015).

Uma das fontes de informações que os magistrados dispõem para descobrir os interesses dos atores políticos é a mesma disponível para o grande público: o conteúdo dos jornais e da mídia em geral. Os pesquisadores puderam encontrar, entre os documentos pessoais de três ministros (*Justices Marshall, Brennan e Powell*) recortes de artigos e editoriais de jornais sobre casos e sobre si mesmos. (EPSTEIN e KNIGHT, 1999, p. 220).

Mas para além das notícias veiculadas pela mídia, Epstein e Knight desenvolvem o argumento de que os ministros também disporiam de outra fonte de informações, desta vez sem intermediários: as petições na condição de *amici curiae* apresentadas nos autos em trâmite na Suprema Corte norte-americana.

Por meio de tais petições (em média entre 4 a 5 petições por caso) os ministros tomam ciência da posição dos outros poderes (Executivo e Legislativo) e de grupos de interesses da sociedade civil organizada:

[A]micus curiae briefs almost always take a position on a case, they not only inform the justices that a particular constituency is concerned with their decision but of the preferences of that constituency as well. **This information can be especially valuable when it comes from briefs submitted by members of Congress or the U.S. Solicitor General (SG), who represents the United States¹³⁹ in the Supreme Court. Since such participation is voluntary (that is, these political actors usually file briefs *amicus curiae* at their discretion),** it provides a seemingly reliable indication of wherer members of the other branches stand on matters of public policy. Indeed, **scholars have used the position taken in *amicus curiae* briefs fied by the SG, in particular, to gauge the President's preferences.** We suspect that justices do the same. (EPSTEIN e KNIGHT, 1999, p. 221-222, itálico no original, destaques em negrito adicionados).

Um grande exemplo do registro das preferências políticas na forma de uma petição *amicus curiae* trazida aos autos está no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954. Os interesses do governo norte-americano no fim da política de

¹³⁹ Uma distinção importante entre o sistema norte-americano e o brasileiro é de que, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro (inexistente nos EUA), o governo é sempre chamado a responder a ação, presumindo-se que tem interesse em manter a legislação em vigor. Já na Suprema Corte norte-americana, por se tratar de controle de constitucionalidade concreto, referente a um caso entre duas partes (como no nosso Recurso Extraordinário), o governo não é, obrigatoriamente, parte na causa em litígio. Assim, quando a repercussão da decisão inter-partes pode vir a afetar os interesses do governo, este apresenta à corte suas preferências na forma de uma petição como *amicus curiae*, eis que não integra nenhum dos polos da relação processual. Este detalhe será de especial relevância quando for apresentado o modelo de testes empíricos propostos nesta tese.

segregação racial nas escolas estavam na manifestação (*brief*) subscrita pelo procurador geral (*Attorney General*) dos Estados Unidos, James P. McGranery, em dezembro de 1952 na condição de *amicus curiae*.

Eis alguns trechos selecionados da petição, iniciando pelo argumento de que a capital dos EUA, Washington, servia como vitrine para o mundo das práticas racistas da sociedade americana:

US Gov't Amicus Curiae Brief for Brown v. Bd. of Education

The interest of the United States

In recent years the Federal Government has increasingly recognized its special responsibility for assuring vindication of the fundamental civil rights guaranteed by the Constitution. (...)

The problem of racial discrimination is particularly acute in the District of Columbia, the nation's capital. This city is the window through which the world looks into our house. The embassies, legations, and representatives of all nations are here, at the seat of the Federal Government. Foreign officials and visitors naturally judge this country and our people by their experiences and observations in the nation's capital; and the treatment of colored persons here is taken as the measure of our attitude toward minorities generally. The President has stated that "The District of Columbia should be a true symbol of American freedom and democracy for our own people, and for the people of the world." Instead, as the President's Committee on Civil Rights found, the District of Columbia "is a graphic illustration of a failure of democracy". (McGRANERY, 1952, p. 1).

Para fortalecer seu argumento, o procurador geral transcreveu trechos de uma carta escrita pelo Secretário de Estado, Dean Acheson, sobre a importância do julgamento do caso *Brown* para a política externa norte-americana, na qual o Secretário afirmava que a segregação racial trazia danos às relações exteriores do país: "*a continuidade da discriminação racial nos EUA se mantém como fonte de embaraço constante e diário para este governo nas relações exteriores, sabotando a efetiva manutenção de nossa liderança moral das nações livres e democráticas do mundo*". (ACHESON, *apud* McGRANERY, 1952, p. 3).¹⁴⁰

Finalizando sua petição como *amicus curiae*, McGranery vocaliza um sentimental apelo para que a Corte auxiliasse o governo a ser "exemplo de liberdade

¹⁴⁰ No original: "Although progress is being made, the continuance of racial discrimination in the United States remains a source of constant embarrassment to this Government in the day-to-day conduct of its foreign relations; and it jeopardizes the effective maintenance of our moral leadership of the free and democratic nations of the world". (ACHESON, *apud* McGRANERY, 1952, p. 3).

e verdadeira democracia para inspirar os homens bons em todo o mundo”. (McGRANERY, 1952, p. 3).

Tal petição consta dos autos do processo, mas apesar disso seus argumentos não foram citados direta ou indiretamente no voto redigido por *Justice* Harlan. Seria isso indício de que a Suprema Corte não queria evidenciar que estava atendendo a uma solicitação do governo? Infelizmente, não temos dados para ir além da mera especulação.

Quadro 2.2 – Síntese dos estudos sobre comportamento judicial a partir do modelo estratégico (ou institucionalismo da escolha racional).

Autores/obras	Síntese	Ano das publicações
Walter F. Murphy “Congress and the Court: A case study in the American Political Process” e “The elements of Judicial Strategy”	A partir de anotações particulares dos ministros da Suprema Corte, descreve seu comportamento como estratégico, indicando que levam em consideração as preferências de seus colegas, de parlamentares e do governo para então manifestar seus votos.	1962 e 1964
Tracey E. George e Lee Esptein “On the nature of Supreme Court decision making”	Realizaram testes empíricos em 64 casos buscando prever o comportamento da Suprema Corte com relação a julgamentos sobre pena de morte (de 1971 a 1988), em que se esperava uma clara distinção partidária na posição dos ministros (sendo democratas contra e republicanos a favor). Chegaram à conclusão que tanto os argumentos jurídicos do caso (que chamaram de modelo legal) quanto às ideologias dos ministros (modelo atitudinal) eram insuficientes para descrever o resultado das decisões. Na fase final dos julgamentos verificaram que a posição da opinião pública e dos demais poderes tinha maior poder explicativo nas opiniões dos ministros do que os fatores legais e atitudinais.	1992
Forrest Maltzman e Paul J. Wahlbeck “Strategic Considerations and Vote Fluidity on the Burger Court”	Observaram as mudanças de opinião dos ministros (que chamam de “fluidez dos votos”) em votações realizadas nos casos entre os anos 1969-1985. Demonstraram que sua ocorrência (relativamente frequente) coloca em xeque o modelo atitudinal. Testaram a hipótese de que os ministros usariam sua posição – isto é, o voto – para compor a maioria ou a minoria como moeda de troca para	1996

	barganhar alterações no texto final do acórdão que aproximasse o resultado à suas preferências.	
Lee Epstein e Jack Knight “The choice Justices make”	Analisando anotações particulares de um ex-ministro da Suprema Corte (Justice Brennan) para 157 casos ouvidos entre outubro de 1982 e julho de 1983, em comparação com uma amostra mais ampla de casos de destaque decididos de 1969 a 1985, observaram que as posições dos ministros nos projetos de votos se alterava com maior frequência nos casos de destaque, de forma a indicar que os ministros definiam sua posição final a partir da interação com outros ministros e com elementos independentes de sua preferência inicial.	1998
Lee Epstein e Jack Knight “Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae”	Identificaram o fluxo de informações disponível para os ministros (na forma de notícias de jornal e de petições de <i>amici curiae</i>) e verificaram se, de alguma forma, os ministros utilizavam as informações para “reconhecer” a saliência e importância do caso na opinião pública. Os pesquisadores notaram que as petições recebidas nos autos da Suprema Corte por indivíduos e entidades na condição de <i>amicus curiae</i> podem servir para indicar aos ministros a preferência dos atores políticos e de determinados setores da opinião pública sobre o resultado de determinados temas em juízo, concluindo que as petições de <i>amicus curiae</i> podem desempenhar, para os ministros da Suprema Corte, a mesma função que lobistas para os congressistas.	1999

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da literatura consultada, em especial MAVEETY, 2003.

2.3 A ABORDAGEM HISTÓRICO-INSTITUCIONALISTA: O COMPORTAMENTO EXPLICADO PELO CONTEXTO

Estudos feitos a partir do institucionalismo¹⁴¹ têm como ponto de partida a análise das instituições como determinantes para explicar o comportamento dos indivíduos. As instituições são vistas como o contexto no qual os indivíduos tomam suas decisões, sendo conformados pelas regras dos ambientes que os circundam (as instituições).

Como afirma Steinmo (2008):

Institutionalists are scholars who place special emphasis on the role institutions play in structuring behaviour. What are institutions? The most common definition for institutions is: rules. Some students in this tradition focus on **formal rules** and organizations (Streeck and Thelen 2005), while others address **informal rules** and norms (Marcussen 2000; Hall 1989). Whether we mean formal institutions or informal rules and norms, they are important for politics because they shape who participates in a given decision and, simultaneously, their strategic behaviour. (STEINMO, 2008, p. 159, sem destaques no original).

A diferença primordial desta abordagem para com as anteriores é a de que, embora o indivíduo possa ter claras preferências ideológicas e agir de acordo com elas (modelo atitudinal), ou ainda que possa elaborar planos para contornar os constrangimentos que o impeçam de impor sua vontade (modelo estratégico), suas preferências não poderão ser mensuradas ou cientificamente categorizadas. Ainda, as instituições podem levar indivíduos a tomar determinadas decisões simplesmente por estarem inseridos nesse contexto, sem que isso seja necessariamente a imposição de uma agenda ideológica.

Tome-se como exemplo a pesquisa sobre a Corte no caso *Lochner v. New York*¹⁴² empreendidas por Edward S. Corwin. Sua abordagem institucionalista para

¹⁴¹ Parte da literatura consultada divide as abordagens institucionalistas entre “institucionalismo histórico” e “institucionalismo da escolha racional” (WHITTINGTON, 2000, p. 615). Neste aspecto, o que chamo de abordagem institucionalista *stricto sensu* se refere à primeira, enquanto a abordagem estratégica tratada anteriormente se refere à última.

¹⁴² No caso *Lochner v. New York*, decidido em 1905, a Suprema Corte norte-americana julgou inconstitucional, à luz da liberdade contratual, a legislação do Estado de Nova Iorque que estabelecia

explicar por que os ministros sistematicamente derrubaram as legislações trabalhistas levou a uma compreensão de que o senso comum do ambiente jurídico – as teses do darwinismo social de Spencer – eram propagadas e aceitas como ideal de sociedade. (CLAYTON, 2002, p. 306). Desta forma, os ministros teriam decidido de acordo com as normas (neste caso, não escritas, mas comumente aceitas) que **os conformava a uma determinada visão de mundo e de organização social** (no caso, que cada indivíduo era livre para contratar o número de horas de trabalho que desejasse, e que o Estado não deveria se opor à livre pactuação e iniciativa).

Para uma abordagem atitudinal, isso seria classificado como ideologia (ministros conservadores, por exemplo) e eles agiriam **conscientes** de sua ideologia para mantê-la ou impô-la à sociedade por meio de sua decisão. Já para o institucionalismo histórico, uma vez verificada a existência desta “regra” institucional, é irrelevante investigar até mesmo se os ministros estavam ou não conscientes de sua posição ideológica. Simplesmente, foram chamados a decidir, e decidiram de acordo com o que acreditavam mais correto (e não como um embate de teses ou uma classificação clara de comportamento). (CLAYTON, 2002, p. 307).

Como consequência prática, as abordagens do institucionalismo histórico buscam explicar os comportamentos e decisões tomadas a partir do contexto institucional em que elas ocorreram, com uma abordagem indutiva a partir de comparações de muitos aspectos em poucos casos, realçando aspectos descritivos e explicativos oriundos do contexto histórico. (TOMIO, 2002, p. 21).

No contexto descrito por Whittington (2000, p. 614), o institucionalismo histórico não trata os indivíduos como autônomos dotados de livre-arbítrio que, por acaso, se encontram em determinado contexto institucional. Com consequências mais profundas, as instituições fazem mais do que simplesmente impor constrangimentos nas escolhas: **as instituições formam as escolhas e desejos**.

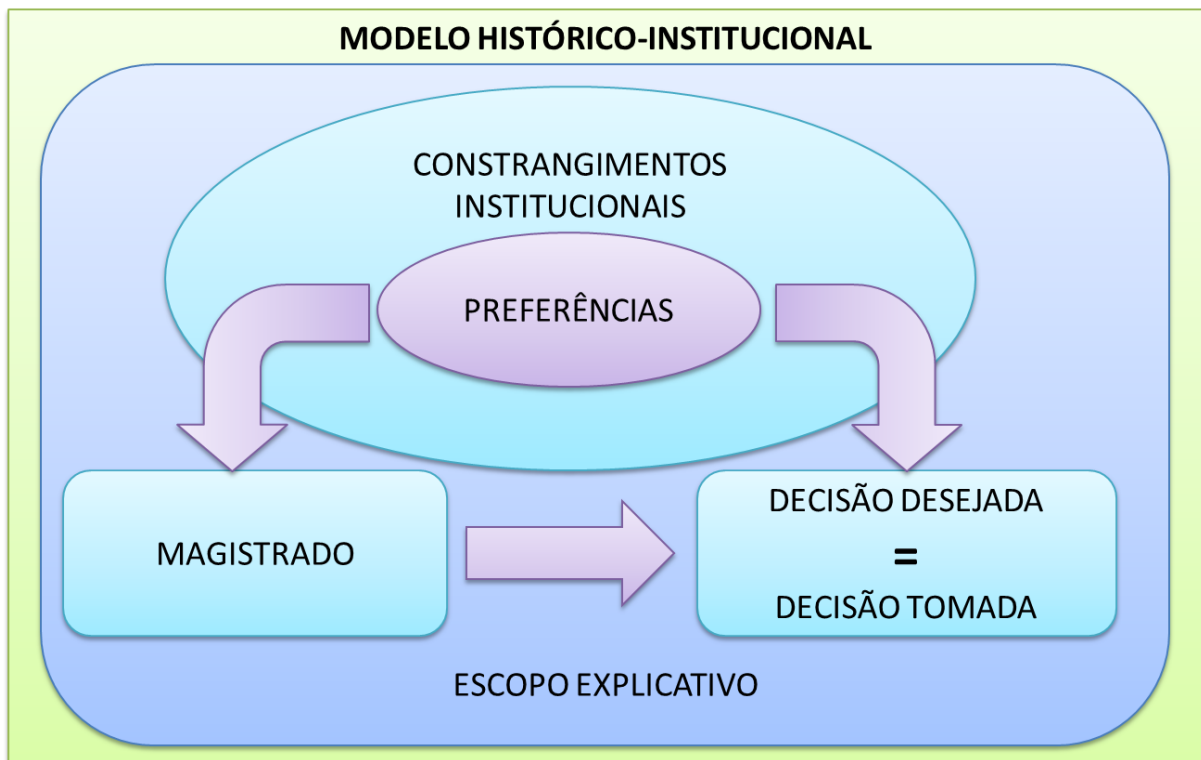
um limite de 16 horas diárias para o trabalho de padeiros. O caso foi seguido por vários outros discutindo direitos trabalhistas invalidados pela corte (e.g.: *Hammer v. Dagenhart*, 1918, julgando inconstitucionais leis de proibição do trabalho infantil; *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 1921, sobre direitos sindicais; *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 1922, invalidando impostos federais sobre comércio incidentes sobre empresas com trabalho infantil; *Adkins v. Children's Hospital*, 1923, invalidando leis federais estabelecendo salário-mínimo para mulheres e crianças em Washington-DC), no que foi chamado de Era *Lochner* como exemplo de conservadorismo e oposição da corte às mudanças da sociedade.

Institutions become an important site of preference formation and the constitution of a normative order. Justices are likely to think about and act on public problems differently as a consequence of their experiences and expectations on the Court. For historical institutionalists, institutions are both regulative and constitutive. They constrain choices by structuring incentives, but they also shape preferences by influencing ideas. (WHITTINGTON, 2000, p. 615)

Assim, as preferências são desenvolvidas por meio de uma combinação entre educação, doutrinação e experiência, de forma que para compreender (e explicar) as escolhas individuais é necessário descrever um amplo contexto institucional que formou suas preferências. (WHITTINGTON, 2000, p. 615).

Neste aspecto, o escopo explicativo do modelo histórico-institucional passa a ser muito mais abrangente do que nas abordagens anteriores:

Figura 2.14: Esquema simplificado do escopo explicativo do modelo histórico-institucionalista de comportamento judicial.



Fonte: elaboração própria a partir de Whittington (2000), Maveety (2003) e Steinmo (2008).

Nos estudos do comportamento judicial, o institucionalismo histórico torna-se um grande projeto interpretativo, buscando nos padrões de evolução histórica e

desenvolvimento político as fontes explicativas para as decisões judiciais e para prever as decisões futuras:

Inspired by both “old” institutionalists and judicial process scholars who examined judicial decisions as part of a political regime, the historical-institutionalist approach reconceptualizes the study of judicial behavior as an unabashedly interpretive project. Informed by the ways in which past actions and institutions constitute the powers and preferences of agents in contemporary politics, **this approach seeks to discern patterns of historical evolution and political development that demonstrate that conscious, jurisprudential decisions of judicial actors matter, that they can reshape structural contexts and thus shape future decisions.** (MAVEETY, 2003, p. 285, sem destaques no original).

A ideia de que estruturas jurídicas formais e informais (tais como a Constituição, leis, doutrinas ou concepções compartilhadas sobre igualdade ou liberdade) impactam no resultado das decisões dos magistrados não é revolucionária ou diferente do senso comum (CLAYTON, 1999, p. 15). Entretanto, é esse o enfoque das abordagens institucionalistas. Para entender a relevância dessa abordagem – e porque sua obviedade precisa ser reafirmada – é necessário trilhar o percurso das pesquisas sobre o Poder Judiciário e perceber as mudanças nos sujeitos e métodos de pesquisa.

2.3.1 Estudo pioneiro do institucionalismo histórico: Edward S. Corwin, 1934

The Supreme Court does not do its work in a vacuum. Its decisions on important constitutional questions can be understood in their full significance only when viewed against the background of history, politics, economics, and personality surrounding them and out of which they grew (CORWIN, 1925, *apud* CLAYTON, 2003, p. 305).

Como indicam suas palavras em epígrafe, os estudos de Edward S. Corwin sobre a Suprema Corte não a tomavam de forma isolada. Ao contrário, Corwin centrava seus esforços na observação do contexto histórico, político, econômico e de personalidades que gravitavam no entorno da Corte, considerando o contexto

histórico e social de fundamental importância para explicar as decisões tomadas pela Corte em questões constitucionais importantes.

Corwin foi um professor de grande sucesso e popularidade, sendo inclusive cotado nos anos 40 para ocupar uma cadeira na Suprema Corte – o que teria levado, caso ocorresse, a inédita nomeação de um cientista político.¹⁴³

Dentre os mais de 22 livros que publicou sobre o sistema constitucional norte-americano, o de maior impacto na análise do comportamento judicial foi “O crepúsculo da Suprema Corte”,¹⁴⁴ de 1934. Na obra, Corwin previu que o *New Deal* marcaria a emergência de uma autoridade legislativa em detrimento da autoridade judicial, substituindo esta última como fonte primária de interpretação constitucional. (CLAYTON, 2003, p. 296).

Com uma leitura aguçada do momento histórico – e das mudanças políticas e sociais da crise econômica de 1929 (a Grande Depressão) –, Corwin antecipou em seus estudos o fortalecimento do poder presidencial que viria a centralizar, ao longo dos quatro mandatos¹⁴⁵ de Franklin Delano Roosevelt, a posição da União em relação aos Estados da Federação e a posição do Poder Executivo em relação ao Legislativo e ao Judiciário. Edward Corwin se tornara o principal teórico deste novo constitucionalismo norte-americano:

The Court's doctrines of the previous forty years had to change, and a new constitutional theory had to replace that of the framers and of the *Lochner* Court. Corwin had positioned himself perfectly to become the New Deal's chief constitutional theorist. (CLAYTON, 2003, p. 296-297).

¹⁴³ Edward S. Corwin foi cientista político e professor da universidade de Princeton de 1905 a 1946, primeiro como professor de *jurisprudence* (teoria do direito) e então como primeiro diretor do recém-criado departamento de política, em 1924. Em 1931 tornou-se presidente da APSA (Associação de Ciência Política norte-americana). Com formação de historiador, seus estudos de direito constitucional o alçaram à condição de referência para o ambiente político e jurídico (sendo reconhecido como um *public scholar* e se tornando extremamente cotado para uma vaga à Suprema Corte, embora seus escritos e opiniões políticas de apoio à Roosevelt na ocasião do *court packing bill* de 1937 tenham dificultado a nomeação, já que tinha anteriormente se posicionado contra tal medida, mas mudou de ideia).

¹⁴⁴ No original, “*The twilight of the Supreme Court*”.

¹⁴⁵ Franklin Delano Roosevelt foi presidente dos EUA de 1933 a 1945. Em 1944, já com a saúde fragilizada, venceu sua quarta corrida presidencial e participou das últimas reuniões com Stálin e Churchill para a reorganização da geopolítica mundial no pós-guerra. Foi acometido de um acidente vascular encefálico no retorno de sua viagem à Yalta, falecendo em 12 de abril de 1945. Em 1947 o Congresso aprovou a 22ª Emenda à Constituição norte-americana (ratificada em 1951) para limitar o número de mandatos presidenciais a uma única reeleição.

O papel desempenhado pela Suprema Corte norte-americana estava no centro do debate da crise econômica, eis que os ministros sistematicamente invalidaram inúmeras¹⁴⁶ medidas de estímulo econômico que contavam com grande apoio popular. Corwin publicava ferozes críticas às decisões da Corte: “*When the Court struck down both the National Industrial Recovery Act and the Bituminous Coal Conservation Act in 1936, Corwin wrote profusely for newspapers and magazines and took to the radio and lecture circuit to attack the Court's decision*”. (CLAYTON, 2003, p. 297).

Sobre a Era *Lochner*,¹⁴⁷ Corwin rejeitava a visão majoritária¹⁴⁸ da doutrina constitucional, de que os ministros estariam imprimindo suas próprias preferências econômicas na sua interpretação constitucional. Ao contrário, em sua concepção histórico-institucionalista, Corwin enfatizava que as decisões judiciais eram estruturadas por questões políticas em um nível mais profundo do que a simples imposição de interesses e preferências individuais.

Em sua forma de explicar o comportamento conservador dos ministros da Suprema Corte, indicava que as ideias do *Darwinismo* social de Spencer estavam tão disseminadas na virada do século que moldavam o comportamento judicial no plano cognitivo, na raiz da compreensão sobre a função e o sentido da lei e da justiça para toda uma geração de juristas:

¹⁴⁶ Barry Friedman lista as principais iniciativas legislativas para a retomada econômica que foram invalidadas pela Suprema Corte nos anos 1934 a 1936: “*The Hughes Court invalidated several New Deal measures as exceeding the power given Congress in the Commerce Clause. See eg., Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936) (striking down the Bituminous Coal Conservation Act of 1935, which established price and labor rules for coal mines); Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R., 295 U.S. 330 (1935) (striking down the Railroad Retirement Act of 1934); A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935) (invalidating the National Industry Recovery Act's labor rules for the New York poultry market). Such activity led to Franklin Roosevelt's Court-packing plan*” (FRIEDMAN, 1993, p. 624).

¹⁴⁷ Período do início do século XX até 1937 em que a Suprema Corte norte-americana manteve posição conservadora, adotando posições de extremo liberalismo econômico, batizado a partir do caso *Lochner v. New York*, decidido em 1905. Para explicações detalhadas, ver nota de rodapé 13.

¹⁴⁸ “*This idea that judges used law to mask the imposition of their own policy preferences had received important academic support in the work of [Charles Austin] Beard, whose The Supreme Court and the Constitution (1912) and An Economic Interpretation of the Constitution of the United States (1913) portrayed both the framers and subsequent judges as consciously using judicial review as a device to secure economic privileges for the propertied class. Corwin attacked Beard's history and his view of judicial motivation*”. (CLAYTON, 2003, p. 306).

Rather than individual-level interests or preferences, (...) Corwin's analysis did not focus on what the Court did as a matter of policy (or on whose interests were advanced) but on what its members believed about the law. Corwin argued that Spencerian ideas of social Darwinism (...) had been propounded and accepted by society as a set of natural physical laws, on the same footing as gravity or the evolution of species. So it was quite natural that judges would accept these ideas as axiomatic without conscious thought, believing it a happy coincidence that an objective reading of the law reflected those same values. (CLAYTON, 2003, p. 306).

Tal forma de compreensão do contexto histórico levou Corwin a afirmar que os ministros não eram mais do que vítimas ingênuas de uma visão de mundo deturpada, eis que a naturalidade do Darwinismo social “veio, inevitavelmente, a impressionar os homens ingênuos e simples que compunham a Corte daquele tempo, enquanto procediam uma igualmente inevitável virada em direção a uma nova lei constitucional” (CORWIN, 1934, p. 49, *apud* CLAYTON, 2003, p. 306).¹⁴⁹

Em sua leitura, o viés judicial não podia ser visto como mera consequência da insinceridade dos magistrados – como acusava Holmes e os defensores do realismo judicial – mas como resultado de estruturas ideológicas historicamente mutáveis, que chamaria de instituições:

Corwin believed that judicial bias was rarely the consequence of duplicity or insincerity on the part of judges; rather, it was the product of historically changing ideological structures, or institutions, that framed judicial thought and constituted the nature of individual judicial preferences. (...) His emphasis on the historical-ideological context of judicial decision making and constitutional development, rather than mere internal logic of legal doctrine or the willful imposition of individual judicial preferences, thus represents Corwin's most significant contribution to judicial behavior scholarship (CLAYTON, 2003, p. 307).

Por fim, é digno de nota que Corwin também se manifestava expressamente contra o método quantitativo, afirmando no texto “*The Democratic Dogma and the Future of Political Science*”, de 1929, que os esforços para desenvolver um laboratório, ou uma ciência preditiva do comportamento político requereria uma certeza sobre a motivação humana que a razão humana e a liberdade simplesmente

¹⁴⁹ Tradução livre do original: “*came inevitably to impress the naïf, simple-minded men who made up the Court of that day, while by an equal inevitability, they proceeded to spin from it a new constitutional law*”. (CORWIN, 1934, p. 49, *apud* CLAYTON, 2003, p. 306).

não permitiam. (CLAYTON, 2003, p. 307). Ainda mais enfaticamente, afirmava que “se a ciência política começar a falar por meio da linguagem matemática, não fará muita diferença prática se quem entender, compreenda ou não de verdade”. (CORWIN, 1932, *apud* CLAYTON, 2003, p. 307).¹⁵⁰

2.3.2 Outros estudos do institucionalismo histórico

Por volta de 1960, Alpheus Thomas Mason era conhecido como um dos maiores biógrafos dos ministros da Suprema Corte. Dentre suas obras mais importantes estavam as biografias dos *Justices* Brandeis (em “*Brandeis: A Free Man's Life*” de 1946), Harlan (em “*Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law*”, de 1956) e Taft (em “*William Howard Taft: Chief Justice*”, de 1964).

De acordo com Sue Davis, as biografias elaboradas por Mason ultrapassavam a simples e tradicional descrição da infância, juventude e estudos. Seus biografados também eram retratados em seu ambiente político e institucional, com numerosos detalhes das relações entre tais contextos e o perfil de suas decisões na Suprema Corte. Mason descrevia os relacionamentos entre os ministros, assim como as conexões entre a Corte e outras instituições do governo. (DAVIS, 2003, p. 316).

No contexto do institucionalismo histórico, as instituições moldam os interesses e valores dos atores políticos, e tais interesses e valores também influenciam as instituições. Desta forma, os ministros biografados por Mason eram indivíduos cujos interesses e valores eram moldados por uma combinação complexa de fatores históricos, institucionais e sociais. (DAVIS, 2003, p. 318).

Outro estudo de fundamental importância no institucionalismo histórico foi o realizado por Robert Dahl, autor profícuo em obras sobre a democracia e ciência política que, em 1957, escreveu um único artigo sobre a Suprema Corte norte-

¹⁵⁰ Tradução livre do original: “if political science begins talking algebra, it will make no great practical difference whether the people who understand it do so or not”. (CORWIN, 1932, *apud* CLAYTON, 2003, p. 307).

americana que causou impacto profundo e duradouro¹⁵¹ no campo dos estudos do comportamento judicial. O artigo intitulado “*Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*” enfrentou a controvérsia elementar sobre a legitimidade democrática da Suprema Corte e o (aparente) conflito entre a democracia representativa e o exercício do controle de constitucionalidade.

Ao descrever um simples histórico da regularidade temporal em que os ministros eram substituídos – mediante a indicação pelos presidentes da república e aprovação pelo Senado –, demonstrou que o sistema de nomeação dos ministros conferia certo grau de permeabilidade entre as alterações político-partidárias e a composição da Corte.

Os dados colhidos por Dahl indicaram que a influência política na composição da Corte é ampla, eis que a nomeação de um novo Ministro para a Suprema Corte ocorre com periodicidade média de 22 meses:

Sob quaisquer presunções razoáveis sobre a natureza do processo político, pareceria de certo modo ingênuo assumir que a Suprema Corte gostaria ou pudesse atuar no papel de Galahad [cavaleiro mitológico da tábua redonda, puro e sem pecados]. Em toda a história da Corte, **aproximadamente a cada 22 meses tem ocorrido a nomeação de um novo Ministro. Assim, um presidente pode esperar para nomear por volta de dois ministros durante um mandato**; e se isso não for suficiente para alterar o equilíbrio em uma Corte normalmente dividida, ele deve estar praticamente certo de obter sucesso em dois mandatos. Dessa forma, Hoover teve três indicados; Roosevelt, nove; Truman, quatro; e Eisenhower, até o momento, teve quatro. **Presidentes não são famosos por indicar ministros hostis com relação a suas próprias visões sobre políticas públicas** ou tampouco poderiam esperar garantir a confirmação de um homem cujas opiniões em questões chaves estava flagrantemente em descompasso com aquele da dominante maioria no Senado.¹⁵² (DAHL, 1957, p. 284, sem destaques no original).

¹⁵¹ No ano 2000 o artigo de Robert Dahl foi premiado pela Associação de Ciência Política norte-americana (APSA) pela sua influência de mais de quatro décadas no campo acadêmico.

¹⁵² Tradução livre do original: “*Under any reasonable assumptions about the nature of the political process, it would appear to be somewhat naive to assume that the Supreme Court either would or could play the role of Galahad. Over the whole history of the Court, on the average one new justice has been appointed every twenty-two months. Thus a president can expect to appoint about two new justices during one term of office; and if this were not enough to tip the balance on a normally divided Court, he is almost certain to succeed in two terms. Thus, Hoover had three appointments; Roosevelt, nine; Truman, four; and Eisenhower, so far, has had four. Presidents are not famous for appointing justices hostile to their own views on public policy nor could they expect to secure confirmation of a man whose stance on key questions was flagrantly at odds with that of the dominant majority in the Senate*”.

Com aritmética simples, Robert Dahl enumerava quantas leis federais haviam sido invalidadas pela Suprema Corte, bem como quantas decisões da Corte haviam sido contrariadas pelo Legislativo até quatro anos após sua publicação, entre outras medidas para avaliar o impacto do Judiciário nas políticas públicas. Entretanto, diferentemente da corrente majoritária dos estudos sobre comportamento judicial dos anos 1950, Dahl colocava ênfase nas decisões coletivas da Suprema Corte, observando os resultados decisórios como instituição, sem empreender a análise do comportamento individual dos ministros (objeto dos estudos atitudinais de Pritchett, Shubert e Ulmer).

Sobre a famosa oposição da Suprema Corte ao presidente Franklin Delano Roosevelt e sua política do *New Deal*, Dahl esclarece que, estatisticamente, Roosevelt teria sido azarado:

A agonia judicial do *New Deal* deve rapidamente vir a mente; mas as dificuldades do Sr. Roosevelt com a Corte foram verdadeiramente excepcionais. Generalizando sobre toda a história da Corte, as chances de um presidente realizar uma nomeação para a Corte em menos de um ano são de uma em cinco, e três de cinco que ele fará uma dentro de três anos. O Sr. Roosevelt teve uma excepcional má-sorte: teve que esperar quatro anos para fazer sua primeira nomeação; as chances contra esse longo intervalo são quatro para uma. Com sorte mediana, a batalha com a Corte nunca teria ocorrido.¹⁵³ (DAHL, 1957, p. 285).

Assim, Robert Dahl conclui que, dada a alta frequência em que os presidentes eram chamados a alterar a composição da Corte por meio da nomeação de novos ministros (aproximadamente uma vez a cada dois anos), haveria uma tendência para que lograssem nomear praticamente um terço dos nove ministros ao final de um mandato de quatro anos. Desta forma, as desventuras de Roosevelt com a Corte poderiam ser explicadas pela simples falta de sorte por ter demorado praticamente seu primeiro mandato inteiro para ter a oportunidade de realizar sua primeira nomeação à Corte.

¹⁵³ Tradução livre. No original: “*The judicial agonie of the New Deal will, of course, quickly come to mind; but Mr. Roosevelt's difficulties with the Court were truly exceptional. Generalising over the whole history of the Court, the chances are about one out of five that a president will make one appointment to the Court in less than a year, better than oun e out of two that he will make one within two years, and three out of four that he will make one within three years. Mr. Roosevelt had unusually bad luck: he had to wait four years for his first appointment; the odds against this long an interval are four to one. With average luck, the battle with the Court would never have occured*”.

Mais recentemente, outros estudos com influência histórico institucional foram realizados por Cornell W. Clayton (1994) e Mark Graber (1995).

Graber (1995) usou o institucionalismo histórico para examinar o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade e sua relação com a democracia, explorando o papel dos detentores de mandato eletivo na construção dos sentidos para a interpretação constitucional e Cornell W. Clayton (1994) para explicar as decisões tomadas no período em que a Corte foi presidida pelo *Chief Justice* William Rehnquist, de 1986 a 2005.

Eis abaixo um quadro sintético sobre alguns dos estudos histórico-institucionalistas mais relevantes sobre a Suprema Corte norte-americana.

Quadro 2.3 – Estudos sobre comportamento judicial com a abordagem do institucionalismo histórico

Autores/obras de referência	Objeto(s) de Estudos	Ano das publicações de maior impacto
Edward S. Corwin	Direito Constitucional; Poderes do Presidente; Suprema Corte	1911, 1919, 1927 e 1934.
Alpheus Thomas Mason	Biografia de vários ministros da Suprema Corte	1946, 1956 e 1964.
Robert Dahl	As dificuldades do presidente F. D. Roosevelt em obter apoio da Suprema Corte à legislação do <i>New Deal</i> .	1957
Cornell Clayton	As dinâmicas do relacionamento entre ministros na Corte Rehnquist	1994
Mark Graber	A doutrina do <i>judicial review</i> e suas origens institucionais	1995

Fonte: Elaboração do autor a partir de dados em MAVEETY, 2003, p. 285 e seguintes, e em consulta direta às obras citadas.

2.4 ALGUNS ESTUDOS E MODELOS APLICADOS AO STF

No Brasil, os estudos sobre o comportamento do STF e as relações entre suas decisões e os demais poderes da república foram feitos predominantemente adotando-se o modelo do institucionalismo histórico.

É o que se pode perceber dos estudos pioneiros sobre a judicialização da política (CASTRO, 1997; VIANNA *et al.* 1997 e 1999; ARANTES, 1997, 1999 e 2005), que constatavam o aumento de litígios levados ao Poder Judiciário, e em especial ao STF, após a promulgação da Constituição de 1988. Nestas análises, o comportamento judicial era resultado das contingências provocadas por um avassalador incremento no volume de processos causado pela constitucionalização de direitos e pela extensão do acesso ao Judiciário, também fomentado pela carta cidadã de 1988.

Uma segunda geração de estudos sobre o STF realizados na década seguinte passou a mesclar explicações histórico-institucionais para a consolidação dos poderes da corte, com uma abordagem estratégica para explicar o equilíbrio atual entre as decisões da Corte e os poderes Legislativo e Executivo. (CARVALHO, 2004, 2007 e 2010; ENGELMANN, 2006 e 2007; BARBOZA, 2007; TAYLOR, 2007 e 2008; TAYLOR e DA ROS, 2007 e 2008).

Embora tais estudos apontem para o cuidado do STF com relação aos efeitos políticos de suas decisões – e que haveria, portanto, uma preocupação em não confrontar de forma gratuita os interesses dos demais poderes –, não utilizam o modelo estratégico para descrever a origem do controle de constitucionalidade ou de outros poderes da Corte.

Ao contrário da Suprema Corte norte-americana (que tem nas estratégias em torno do caso *Marbury v. Madison* a afirmação do poder de controle de constitucionalidade), no Brasil os poderes do STF teriam sido paulatinamente entregues por sucessivas alterações legislativas, sem ter sido necessário que os

tribunais realizassem grandes embates com os poderes eleitos para ampliar seus poderes (CARVALHO, 2010).

No mesmo sentido, Matthew Taylor afirma:

A corrente estratégica refere-se à tentativa dos tribunais de conquistar e de manter seu poder diante da força dos poderes eleitos. Essa corrente já foi amplamente aplicada aos casos mexicano (ver Finkel, 2007) e argentino (ver Helmke, 2002), por exemplo, suscitando a dúvida de por que não teve a mesma popularidade entre os estudiosos do Judiciário brasileiro. Em parte, a resposta se dá pela inversão do caminho comum no caso brasileiro: em vez de ter tido que conquistar seu poder, os tribunais receberam uma abundância de poderes na Constituição e somente depois tiveram que decidir como melhor os utilizar sem provocar reações dos poderes eleitos. (TAYLOR, 2007, p. 244).

Sobre o modelo atitudinal, é curioso notar que embora fortemente presente na literatura sobre a Suprema Corte norte-americana, é praticamente inexistente nas análises aplicadas ao STF brasileiro.

Talvez o primeiro obstáculo seja a dificuldade de estabelecer critérios de classificação ideológica tão claros como aqueles que distinguem a política norte-americana no binário liberais vs. conservadores. O Brasil tem um número maior de matizes no espectro político-partidário, o que impõe grande desafio para a identificação das tendências ideológicas dos magistrados.

Ademais, como explicam Fabiana Luci de Oliveira e Leonardo Sangali Barone (2016), a ausência¹⁵⁴ de uma base de dados de livre acesso com o histórico de decisões da Corte – como a existente nos EUA – é um obstáculo que explica porque estudos atitudinais ainda são incipientes com relação ao STF. Embora o sistema de informatização tenha avançado consideravelmente, este ainda é pouco funcional do ponto de vista estatístico, pois é voltado à geração de informações sobre processos individuais, não permitindo a consulta a dados globais de forma automatizada, o que dificulta a construção de variáveis coletivas sobre o conjunto de processos. (OLIVEIRA e BARONE, 2016).

¹⁵⁴ Existem as seguintes bases de dados sobre o STF: Supremo em Números, da FGV, mas que infelizmente apenas permite o acesso aos dados já processados, sem franquear acesso livre à base de dados, e a elaborada por Scott Desposato, Matt Ingram e Osmar Lannes, mas que está desatualizada, com dados dos anos de 1989 a 2002 (dados disponíveis em: <http://swd.ucsd.edu/index.html>).

Talvez os estudos mais próximos de aplicar o modelo atitudinal no Brasil foram os desenvolvidos por Fabiana Luci de Oliveira. Com uma ampla produção acadêmica, Oliveira já realizou perto de uma dezena de testes sobre a formação e o resultado decisório do STF, desde a verificação sobre redes e alianças de votação (carinhosamente apelidadas de “panelinhas”, OLIVEIRA, 2012b) até a identificação do conteúdo dos discursos dos ministros para verificar suas tendências ideológicas (OLIVEIRA, 2012a).

Ao observar a formação de coalizões e panelinhas (estas, mais coesas e estáveis) na ocorrência de votações não unânimes do STF entre 1999 e 2006. A autora organizou sua análise a partir dos 5 blocos¹⁵⁵ formados neste período, tendo em comum o presidente que os nomeou.

Figura 2.15: Blocos de ministros a partir da origem da nomeação

GRUPO	NOMEAÇÃO	MINISTROS
1	Militares	Moreira Alves Néri da Silveira Sidney Sanches Octavio Gallotti
2	Sarney	Sepúlveda Pertence Celso de Mello
3	Collor/ Itamar	Carlos Velloso Ilmar Galvão Marco Aurélio Maurício Corrêa
4	FHC	Nélson Jobim Ellen Gracie Gilmar Mendes
5	Lula	Cezar Peluso Joaquim Barbosa Eros Grau Ricardo Lewandowski Cármem Lúcia Carlos Brito

Fonte: Extraído de Oliveira (2012b, p. 150).

¹⁵⁵ “O bloco 1 formado por ministros nomeados no regime militar, o bloco 2 por 2 ministros nomeados por José Sarney. O bloco 3 por 3 ministros nomeados por Fernando Collor de Mello e 1 por Itamar Franco; assumimos que, como Itamar Franco era vice-Presidente no período em que Collor ocupou a Presidência, havia proximidade de valores e interesses. O bloco 4 é composto pelos 3 ministros nomeados por Fernando Henrique Cardoso e, por fim, o bloco 5 compõe-se pelos 6 ministros nomeados por Lula em seu primeiro mandato”. (OLIVEIRA, 2012a).

Após estabelecidos os blocos, a autora verificou que há grupos mais coesos do que outros:

Analisando o grau de coesão do STF no decorrer da mudança de composição, notamos que as nomeações de Lula parecem ter deixado o Supremo Tribunal Federal menos coeso - as suas três últimas composições (de acordo com o Quadro 1) são as que apresentam os maiores índices de divergência. Uma possível hipótese para explicar o aumento de decisões não unânimes nas últimas composições analisadas é a heterogeneidade de interesses da então aliança governista (coalizão formada no primeiro governo Lula). Segundo essa hipótese, as nomeações feitas por Lula podem ter sido menos homogêneas no sentido de atender a diferentes setores da coalizão. (OLIVEIRA, 2012b, p. 144).

Os dados de formação das coalizões e “panelinhas” foram obtidos a partir da matriz de cruzamento entre o agrupamento de ministros nos votos não-unânicos:

Figura 2.16: Matriz dos índices de similaridade, correspondentes às combinações de Juízes, nas ações não-unânicas (em %).

	Moreira Alves	Néri da Silveira	Sidney Sanches	Octavio Gallotti	S. Pertence	Celso de Mello	Carlos Velloso	Ilmar Galvão	Marco Aurélio	Maurício Corrêa	Nelson Jobim	Ellen Gracie	Gilmar Mendes	Cezar Peluso	J. Barbosa	Eros Grau	R. Lewandowski	Cármén Lúcia	Carlos Brito
Moreira Alves	X	74	92	88	60	86	81	78	13	96	96	89	92						
Néri da Silveira		X	79	83	76	84	81	84	19	71	72	83							
S. Sanches			X	90	61	83	78	82	19	89	90	82	100						
Octavio Gallotti				X	52	90	84	91	8	83	86								
S. Pertence					X	72	61	56	34	59	72	73	74	76	72	82	86	90	70
Celso de Mello						X	73	77	25	79	87	82	81	74	72	74	83	86	66
Carlos Velloso							X	67	28	77	79	77	76	71	55	67			69
Ilmar Galvão								X	20	74	76	77	79						
Marco Aurélio									X	19	19	24	21	28	24	28	22	24	32
M. Corrêa										X	88	79	81	75	77				54
Nelson Jobim											X	90	94	83	78	83			65
Ellen Gracie												X	89	80	73	79	87	89	63
Gilmar Mendes													X	83	85	80	81	85	65
Cezar Peluso														X	78	83	89	90	62
J. Barbosa															X	75	81	85	64
Eros Grau																X	93	95	69
Ricardo Lewandowski																	X	95	75
Cármén Lúcia																		X	76

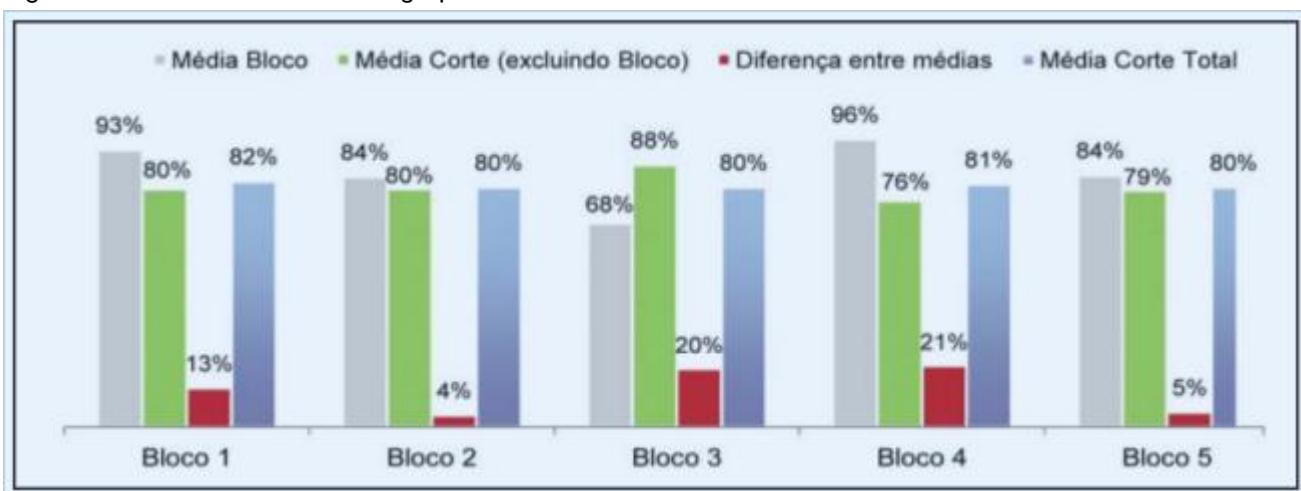
Fonte: Extraído de Oliveira (2012b, p. 148).

Com o padrão de votação dos grupos formados a partir dos índices de similaridade a autora pode demonstrar que os ministros se agruparam de acordo com sua época de nomeação. Entretanto, a coesão dos grupos se alterava de acordo com a temática sob análise:

Apesar da elevada proporção de decisões unânimes e monocráticas encontradas no STF no período considerado, há a formação de coalizões temporárias e “panelinhas” no Tribunal. O grau de coesão do Supremo é maior na medida em que aumenta a proporção de juízes de carreira presentes na composição, mas diminui quando se trata de decidir questões de relevo nacional (políticas públicas oriundas do governo federal). O mesmo acontece quando se trata de assuntos ligados à sociedade civil e a políticas econômico-tributárias, se comparados a temas ligados à administração pública. (OLIVEIRA, 2012b, p. 152).

Finalmente, para mostrar a maior coesão dos blocos com relação à Corte como um todo, Oliveira elaborou um gráfico de barras para a visualização da diferença entre o bloco e a composição integral da corte. É interessante notar que os blocos mais coesos (1 e 4) foi o dos ministros nomeados pelos militares e o dos nomeados por FHC. Já o bloco 3, do período Collor/Itamar é menos coeso que a média do tribunal para o período, mas pode ser explicado pela presença do min. Marco Aurélio Mello, que tem alto índice de votos vencidos de forma individual:

Figura 2.17: Grau de coesão dos grupos de ministros



Fonte: Extraído de Oliveira (2012b, p. 151).

Outro estudo que demonstra a atuação coletiva estratégica do STF é o de Diego Werneck Arguelhes, versando sobre o desenho institucional do STF no período pós-democratização. Em seu artigo intitulado "Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização", Arguelhes analisa algumas decisões da Corte e argumenta que o STF tendeu a uma postura de autorrestrição:

[n]o Brasil pós-constituente, com relação ao acesso e ao objeto dos mecanismos de controle direto e abstrato de constitucionalidade, o STF realizou construções jurisprudenciais que limitaram, em um primeiro momento, o alcance do poder do tribunal sobre questões políticas. Os primeiros *leading cases* do tribunal quanto a esses elementos definidores do seu próprio poder de participar da vida política do país foram no sentido de desativar poderes previstos no texto constitucional recém-promulgado. (ARGUELHES, 2014, p. 1).

Por meio de um resgate de ofícios do STF aos membros da comissão da constituinte de 87-88 que estava encarregada da redação dos títulos referentes ao Poder Judiciário, o autor identifica que o STF solicitava que **não** se procedesse a abertura ampla a legitimados¹⁵⁶ para ADIN, como se aventava à época. (ARGUELHES, 2014, p. 2). Finalmente, uma vez a nova Constituição promulgada, o STF estabeleceu em julgamento de caso concreto uma limitação (por meio da distinção entre legitimados universais e os "especiais") ao acesso ao instrumento de controle concentrado:

Logo nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, uma série de decisões do tribunal restringiu de forma significativa a abertura imaginada e positivada pelos constituintes. Ao ler o artigo 103, o STF criou uma distinção que não havia sido feita pelos constituintes. Distinguiu legitimados "universais" (que poderiam propor ADI sobre qualquer tema) e legitimados "especiais" (que só poderiam propor ADI sobre temas ligados à sua esfera de atuação), entre os quais foram incluídas as "confederações sindicais" e

¹⁵⁶ Conforme o art. 103 da CF/88, podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, Constituição de 1988)

“entidades de classe de âmbito nacional” previstas no inciso IX do artigo 103 da Constituição.¹⁵⁷ (ARGUELHES, 2014, p. 10).

Conforme argumenta Arguelhes, nos anos que seguiram à promulgação da Constituição os ministros do STF interpretaram de forma restritiva os amplos poderes que haviam recebido do texto constitucional. (ARGUELHES, 2014, p. 14). O autor afirma existirem correlações significativas entre essa “jurisprudência restritiva” e o desenho institucional que o tribunal desejava ver prevalecido nos debates constituintes.

Contudo, sobre o fato aparentemente contraditório de restringir as próprias competências, demonstra que o movimento pode ser considerado imbuído de alto grau de estratégia:

Contudo, pode parecer estranho que uma instituição judicial atue no sentido não apenas de não exercer seu poder em casos específicos, mas também de diminuir suas próprias competências de maneira estrutural. Afinal, não é intuitivo que, em princípio, todo membro de uma dada instituição tenderá a preferir um estado de coisas em que essa instituição tenha mais poder a um estado de coisas em que ela possua menos oportunidades de exercer poder? Além disso, em inúmeras outras oportunidades nos anos imediatamente subsequentes à promulgação da Constituição, o STF tomou decisões de grande repercussão em que claramente ampliou ou reforçou as fronteiras do seu território em relação aos outros dois poderes. Um claro exemplo é a ADI 939-DF, julgada em 15/12/1993, na qual o Tribunal explicitou, articulou e justificou a sua competência para declarar inconstitucionais emendas à constituição regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional. Como integrar todos esses elementos – alguns indicando expansão e outros, restrição. (ARGUELHES, 2014, p. 14)

Diego Arguelhes traça uma explicação, mostrando que o STF age apenas para diminuir o acesso em ações de controle abstrato de constitucionalidade, deixando a porta aberta pela via concreta, nos Recursos Extraordinários. Uma

¹⁵⁷ O autor explica, em detalhes, as modificações realizadas pelo STF: “Nessa construção jurisprudencial sem base expressa no texto constitucional, uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional só poderia propor ADIs que envolvessem atos normativos com “pertinência temática” em relação aos propósitos e linhas de atuação da associação. Além disso, o STF construiu uma série de requisitos para que uma associação que se apresente como “entidade de classe de âmbito nacional” possa invocar para si a legitimação ativa prevista no art. 103, IX: primeiro, todos os filiados à entidade precisam exercer a mesma atividade econômica ou profissional; segundo, não podem propor ADI as entidades cujos membros sejam pessoas jurídicas (as chamadas “associações de associações”); por fim, a entidade deve possuir membros em, no mínimo, nove Estados”. (ARGUELHES, 2014, p. 10).

vantagem é justamente que já haveria pronunciamentos judiciais prévios e que o tempo para a questão alcançar o STF o deixa mais imune ao calor do momento, pois questões que tramitam pela via concreta e incidental levam mais tempo para atingir o STF. Como afirma Arguelhes, “*Na prática, longe de uma simples abdicação de poder, o que o STF fez foi canalizar parte de sua pauta para mecanismos mais lentos de controle de constitucionalidade*”. (ARGUELHES, 2014, p. 15).

Finalmente, ressalta o aspecto estratégico das decisões do STF no tocante aos efeitos políticos de suas decisões:

É preciso ter em mente que juízes e tribunais operam em um ambiente de interações estratégicas, no qual é esperado que suas decisões deflagrem certos comportamentos dos outros atores políticos relevantes. Em cenários de democratização recente, em que as regras do jogo ainda não são completamente claras (nem é completamente claro se elas serão respeitadas), faz sentido para um tribunal ser cauteloso em relação a onde ou em quem vai pisar, ainda que o ideal dos Ministros seja o de exercer cada vez mais poder. Decidir questões políticas é uma atividade cujos riscos variam muito dependendo do contexto político. Ser forçado a se pronunciar sobre uma decisão política importante para o governo da vez é uma coisa com instituições políticas e econômicas estáveis e com mais de duas décadas desde o fim regime militar. Era, porém, algo completamente diferente e muito mais arriscado nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988. As duas linhas jurisprudenciais restritivas descritas nesta seção se adequam a esse tipo de interpretação estratégica, já que, como discutido acima, representaram não uma restrição completa, mas uma canalização de certas demandas e questões políticas para o controle incidental e concreto, com o consequente adiamento dessas decisões. No geral, o exercício de controle de constitucionalidade de forma abstrata expõe mais o tribunal. No controle concentrado e abstrato, tribunais correm o risco de serem catapultados para o centro de uma polêmica política dias logo após o Executivo e/ou o Legislativo terem se pronunciado. (ARGUELHES, 2014, p. 19).

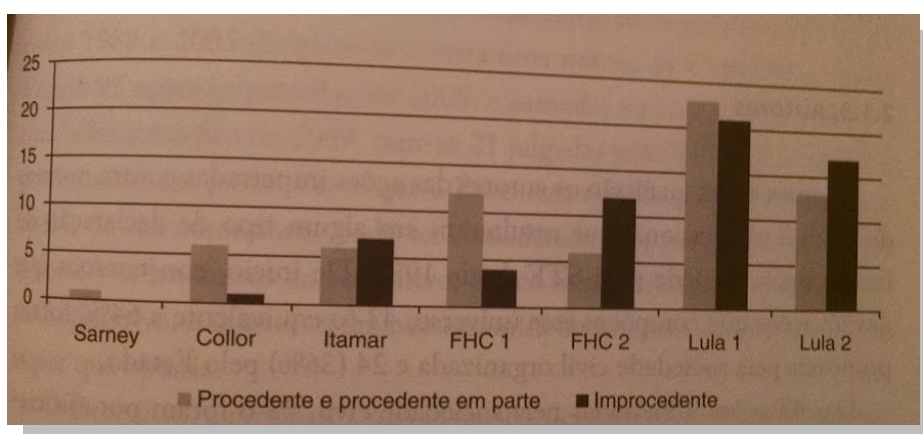
Análises como esta que buscam explicar as decisões dos ministros levando em conta o contexto estratégico no qual as decisões são tomadas são ricas para fornecer um quadro robusto sobre como é a dinâmica do comportamento judicial no STF.

Finalmente, no campo das pesquisas empíricas, é digno de nota o esforço empreendido por Thamy Pogrebinski (2012) em sua obra “*Judicialização ou Representação?*” para classificar e descrever as decisões do STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade. Embora trate do tema a partir da judicialização – categoria que consideramos inadequada para debater as decisões

do STF nas relações entre Poder Judiciário e governos – a obra fornece uma visão ampla sobre a produção decisória do STF de 1988 a 2012, apresentando análises variadas e grande quantidade de informação sobre as decisões da corte.

Sua pesquisa incluiu uma análise da alteração temporal dos julgamentos do STF no controle abstrato de constitucionalidade. Na figura abaixo, é possível ver a relação de procedência e improcedência de ADIs e ADPFs **com julgamento de mérito**,¹⁵⁸ agregadas por governo, demonstrando uma grande variação na produção decisória no período:

Figura 2.18: ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por governo (1988-2009).



Fonte: Extraído de Pogrebinski (2012, p. 81).

Entretanto, ao considerar apenas as ações que tiveram julgamento de mérito, Pogrebinski (2012) deixou de mensurar um grande volume de ações que tiveram negado seguimento por inúmeras razões processuais (e.g.: perda de objeto, ilegitimidade ativa da parte autora, etc.). Como magistrados em geral – e, especialmente, ministros do STF – demonstram um alto grau de discricionariedade para decidir aspectos procedimentais e alterar o grau de exigência formal que adotam para o cumprimento dos procedimentos formais, decisões processuais podem ser utilizadas como forma de evitar julgar, no mérito, ações que julgariam improcedentes, poupando o trabalho de uma decisão mais elaborada.

De todo modo, um grande mérito de sua pesquisa foi combater o argumento de que o STF atuaria de forma antidemocrática, ao invalidar sistematicamente Leis

¹⁵⁸ Não nos parece adequado desconsiderar as decisões sem julgamento de mérito, mas sim incluí-las no montante de ações improcedentes.

Federais. Embora exista um grande volume de ações procedentes no controle abstrato de constitucionalidade, a autora demonstra que do montante global de ações julgadas, a maioria diz respeito a normas Estaduais e Municipais. Nesta distinção, 92,31% das ações julgadas no mérito em sede de controle abstrato pelo STF **não tinham por objeto normas do Legislativo Federal**. (POGREBINSCHI, 2012, p. 49).

Ainda, Pogrebinschi argumenta que a Corte é parcimoniosa na invalidação de leis federais, eis que entre 1988 e 2009 teria proferido apenas 67 decisões procedentes, *“totalizando, assim, apenas 7,97% de todas as ações (ADIs e ADPFs) interpostas no mesmo período contra normas do Poder Legislativo federal”*. (POGREBINSCHI, 2012, p. 63).

Para fortalecer ainda mais seu argumento de que o STF não agia sistematicamente para derrubar as leis aprovadas pelos detentores de mandatos eletivos, a autora faz um cruzamento entre as decisões de procedência do STF (seja integral ou parcial) invalidando legislação federal e o volume de legislação produzida e promulgada pelo Congresso Nacional no mesmo período, concluindo que as declarações de inconstitucionalidade por parte do STF atingiram no período (1988 a 2009) apenas 0,7% das 12.749 normas (leis ordinárias, complementares e ECs) elaboradas pelo legislativo federal. (POGREBINSCHI, 2012, p. 109).

Figura 2.19: Proporção de normas julgadas pelo STF *versus* produção legislativa do Congresso Nacional (1988-2009).

	LO	%	LC	%	EC	%	Totais	%
Normas julgadas no mérito	69	1,52	8	10,53	9	14,52	87	1,86
Normas inconstitucionais	37	0,82	4	5,26	5	8,06	46	0,98
Produção legislativa do Congresso	4.541	100	76	100	62	100	4.679	100

Fonte: Extraído de Pogrebinschi (2012, p. 111).

Indo além da observação do STF, Pogrebinschi também coletou dados sobre as reações dos parlamentares a decisões da Corte, indicando que há uma intensa atividade legislativa em resposta a julgados que alteram o *status quo*, principalmente quando envolvendo regras do jogo político-eleitoral. Neste aspecto, a autora faz uma

valiosa contribuição ao demonstrar que o Supremo tem ciência de que, a depender do conteúdo de sua decisão, esta pode vir a ser derrubada por atividade parlamentar superveniente.

Figura 2.20: Tipos de resposta do Congresso (1988-2009).

	Nº de normas	%
Alteração	2	3,23
Revogação expressa	1	1,61
Legislação nova	45	72,58
Emenda	14	22,58
Total	62	100

Fonte: Extraído de Pogrebinski (2012, p. 138).

Da figura acima, é possível extrair que o Poder Legislativo foi bastante atuante para dar resposta a decisões do Supremo de seu desagrado. No período da pesquisa (1988-2009), a autora encontrou mais de 62 alterações legislativas que buscaram, em diferentes medidas, rebater o conteúdo de decisões do STF.

Por conta disso, Pogrebinski conclui situando o STF como Corte alinhada aos interesses do Congresso Nacional:

Acredito ter mostrado que, ao contrário do que muito se supõe, nem o Congresso Nacional exercita de forma débil sua vocação majoritária, nem o Supremo Tribunal Federal cumpre de forma tão robusta a sua competência contramajoritária. Diante de sua imagem de gigante construída pela literatura sobre judicialização da política, o Supremo é, na verdade, muito mais deferente ao Congresso do que a ausência de pesquisa empírica pode fazer supor. Diante de sua imagem apequenada pela mídia, o Congresso, contudo, conhece bem o seu verdadeiro tamanho e reage responsivamente às investidas do Judiciário, de modo a dar a última palavra e confirmar que a genuína expressão da soberania popular definitivamente lhe pertence. (POGREBINSKI, 2012, p. 183).

Neste aspecto, seu problema de pesquisa passou ao largo das relações entre governo e Supremo, concentrando-se na atividade legislativa parlamentar.

Diferentemente, neste trabalho pretende-se expandir o escopo explicativo para elementos que busquem elucidar os mecanismos da relação entre o STF e

governos, com um enfoque particular no Poder Executivo, eis que é dele que parte e grande parte da legislação federal aprovada, além da indicação para a nomeação de ministros do Supremo.

2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste capítulo buscamos descrever os três principais modelos explicativos para o comportamento judicial, desenvolvidos desde a década de 1930, principalmente nos EUA.

A importância de compreender tais modelos serve para orientar a interpretação dos dados colhidos na pesquisa empírica. Para que os dados adquiram sentido – e possam ter alguma utilidade descritiva ou explicativa – é preciso que sejam compreendidos dentro de um quadro teórico, um modelo, que oriente a interpretação dos valores obtidos.

No primeiro modelo, o atitudinal, os autores defendem que é possível relacionar decisões judiciais com as afiliações políticas e a trajetória profissional do julgador para explicar o resultado das decisões judiciais. O modelo investiga *quem é* o julgador (principalmente suas crenças pessoais e suas preferências políticas), utilizando diversas técnicas para colher as informações sobre o posicionamento político dos ministros. O método mais promissor e original é o que Jeffrey Segal e Albert Cover propuseram em 1989, criando um índice de orientação política dos ministros a partir da cobertura midiática, analisando editoriais de jornais acerca da vida pregressa dos juízes antes de ingressarem no tribunal, bem como suas declarações e entrevistas.

Tal modelo, embora consiga descrever com grande sucesso posicionamentos futuros dos ministros da SCOTUS, não alcança o mesmo grau de vantagem nas pesquisas sobre o STF. No Brasil, vimos que além da dificuldade em se medir ou atribuir um valor para a ideologia dos ministros, a linha político-ideológica não é tão clara quanto a norte-americana. No Brasil, Fabiana Luci de Oliveira (2012a) já fez pesquisas com este modelo, relacionando a formação de pequenos grupos (coalizões e panelinhas) nas decisões não unânimes da Corte e indicando haver

uma clara linha divisória no posicionamento de ministros nomeados pelos governos militares e os ministros cuja nomeação se deu após a redemocratização.

O segundo modelo descrito foi o estratégico. Nele as decisões das cortes são vistas como resultado de uma dinâmica de grupo, na qual parte-se do pressuposto que as Cortes podem sofrer constrangimentos institucionais e agem de forma a evitar tais constrangimentos.

No Congresso Nacional, Thamy Pogrebinski demonstrou que há inúmeros parlamentares que reagem de forma bastante rápida e elaboram – e aprovam – projetos de Lei para alterar o conteúdo de decisões tomadas pelo Supremo. Diferentemente do atitudinal, o modelo estratégico enfatiza os constrangimentos que impedem os magistrados de decidirem exatamente como desejariam, assumindo que estes podem precisar agir estrategicamente para antecipar o comportamento de outros atores e modular suas decisões.

Este modelo nos parece o mais promissor para explicar o STF, pelo menos no enfoque que se propõe. Nos EUA, pesquisas demonstraram que havia intensa negociação entre os ministros da SCOTUS para barganhar pontos bastante específicos do relator de um caso, por meio da elaboração e posterior alteração de votos no período de deliberação. (MALTZMAN e WAHLBECK, 1996; EPSTEIN e KNIGHT, 1998). O próprio caso *Marbury v. Madison* de 1803 pode ser reconfigurado dentro do modelo estratégico, indicando que os interesses do governo – e o receio de uma possível não obediência à decisão da Corte, caso lhe fosse desfavorável – foram levados em conta para a decisão dos ministros. (FRIEDMAN, 2005; WHITTINGTON, 2000; BAUM 2003).

Finalmente, a abordagem Histórico-Institucionalista busca explicar o comportamento pelo contexto, como o faz Clayton (2002) ao relatar o caso *Lochner v. New York*. Neste caso, conforme Clayton (2002, p. 306), os ministros que sistematicamente derrubaram as legislações trabalhistas eram fruto de sua época, com suas crenças e vicissitudes, decidindo de acordo com uma determinada visão de mundo e de organização social (o livre mercado e a iniciativa privada).

Desta forma, para alargar o círculo de elementos que exercem grande influência no STF, parece necessário introduzir mais uma variável nesse modelo de

interações estratégicas entre o Judiciário e os interesses do governo. No capítulo a seguir, trataremos da imagem pública do STF.

3. O STF E SUA PLATÉIA: DE SUPREMO DESCONHECIDO A POPSTAR

Em 1968, Aliomar Baleeiro, então ministro¹⁵⁹ do STF, publicou “*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*”, apresentando a Corte como instituição discreta e que exercia um papel coadjuvante no cenário político nacional.

Vinte anos mais tarde, com a promulgação da Constituição democrática de 1988, o ministro Celso Ribeiro Bastos indicava a necessidade de um maior “entrosamento” entre o povo e o Poder Judiciário para fortalecer este último nos conflitos com o Poder Executivo:

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e o seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos do Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor de poder. (BASTOS e MARTINS, 1988, *apud* COSTA, 2006, p. 159).

Com a consolidação da Constituição cidadã, tal desejo parece ter se concretizado. Em pesquisa sobre o perfil da magistratura brasileira no período pós-redemocratização, Maria Tereza Sadek descreve o novo perfil dos membros do Poder Judiciário como personalidades públicas e amplos comunicadores, em detrimento do comportamento discreto ou protocolar, regra nas décadas anteriores:

Poucos personagens sofreram tantas modificações nos últimos anos quanto os magistrados. Sua presença transpôs as portas dos fóruns. Dificilmente se encontrará um tema ou um embate sobre o qual não se solicite a palavra ou não se pronuncie um magistrado. Como protagonistas centrais, juízes, desembargadores e ministros de tribunais têm ocupado espaços na arena pública, marcando posição e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de discrição ou de extrema impessoalidade. (SADEK, 2006, p. 11)

Neste mesmo diapasão, o STF vem incrementando sua esfera de influência nas últimas três décadas. É o que afirma Fabiana Luci de Oliveira ao anotar que “(...)

¹⁵⁹ Baleeiro foi ministro do STF de 1965 a 1975, tendo sido nomeado pelo Mal. Castelo Branco como um dos cinco ministros adicionados à composição do Supremo pelo Ato Institucional n. 2, que elevou o número de ministros de 11 para 16.

o Supremo Tribunal Federal veio ocupando um espaço cada vez maior na vida política do país e se transformou em um ator imprescindível no jogo político". (OLIVEIRA, 2012, p. 10).

Entretanto, a visibilidade também causa transformações no processo decisório da Corte. Como explicam Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira (2013), a relação comunicativa do STF com os cidadãos não é uma relação de mão única.

Para fins analíticos, elaboraram a figura abaixo, situando o STF como sujeito-emissor que envia mensagens aos cidadãos (sujeitos-receptores). Os cidadãos reagem então às mensagens captadas, passando a sujeitos emissores de novas mensagens que, por sua vez, serão captadas pelo STF, operando verdadeira cadeia de ações e reações comunicativas:

Figura 3.1: Processo da Relação Comunicativa



Fonte: Extraído de Falcão e Oliveira, 2013, p. 434.

Para ilustrar com exemplos o processo descrito na figura acima, Falcão e Oliveira, descrevem o ciclo comunicativo envolvendo o STF e os cidadãos:

A mensagem-ação do STF e a mensagem-reação dos cidadãos podem ser de diversas naturezas. A mais importante mensagem-ação do STF, embora não única, é a decisão jurisdicional. A mais importante mensagem-reação dos cidadãos, embora não única, é a legitimação da decisão. Como temos observado, por exemplo, no recente julgamento acerca das cotas raciais ou da lei de ficha limpa, as múltiplas reações dos cidadãos podem vir a influenciar o próprio STF em suas futuras decisões jurisdicionais. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 342/2009 de autoria do deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), a qual propõe novos critérios de escolha de futuros ministros e nova duração para seus mandatos, e a PEC 3/201 de autoria do deputado Nazareno Fonteneles (PT/PI), a qual propõe a limitação dos efeitos da própria interpretação constitucional – isto é, da própria competência do STF –, são alguns exemplos de como as múltiplas reações dos cidadãos podem vir também a influenciar outros intérpretes da Constituição e a estimular os legisladores a mudá-la. De ambas as maneiras, as mensagem-reação dos cidadãos afetam a legitimação pública do STF. (FALCÃO e OLIVEIRA, 2013, p. 435).

Como destacam Falcão e Oliveira, a mensagem-reação dos cidadãos tem um poderoso efeito, que é o da legitimação pública da decisão do STF.

Nos EUA as relações entre as decisões judiciais e a opinião pública já foram objeto de pesquisas demonstrando que os ministros da SCOTUS têm grande apreço pela opinião pública. É o que descreve Barry Friedman:

De acordo com a teoria positiva os ministros certamente têm amplos incentivos para dar atenção à recepção de seu trabalho pelo público. Embora o público não tenha a autoridade formal para impedir a implementação de garantias constitucionais, ele certamente pode se tornar um obstáculo. A enorme resistência a *Brown v. Board of Education* ou o banimento de preces na escola veem à mente. Some-se a isto, os ministros podem sentir que estão sendo julgados no Tribunal da opinião pública. Ainda que não se importem sobre a reputação pessoal, os ministros podem levar em consideração a legitimidade institucional da Corte.¹⁶⁰ (FRIEDMAN, 2005, p. 323-324).

Mais do que simples apreço, ao longo de décadas as decisões da Suprema Corte têm sido convergentes com os desejos da opinião pública norte-americana,

¹⁶⁰ Tradução livre do original: *“According to positive theory, the Justices certainly have ample incentive to pay attention to public reception of their work. Although the public lacks formal authority to prevent the implementation of constitutional guarantees, they certainly can stand in the way. The massive resistance to Brown v. Board of Education or the more low-level evasion of bans on school prayer come to mind. In addition, the Justices may feel they stand trial in the court of public opinion. If not personal reputation, then the Justices might care about the institutional legitimacy of the Court.”* (FRIEDMAN, 2005, p. 323-324).

seja pela alteração da vontade dos ministros, seja simplesmente pela nomeação de novos ministros afinados ideologicamente com os presidentes eleitos:

A História confirma o torque que a opinião pública exerce sobre a direção do direito constitucional. O exemplo mais famoso pode ser encontrado nos eventos subsequentes à derrota do plano de Roosevelt para aumentar o número de ministros da Corte. O plano falhou, mas a Suprema Corte passou a ter novos ocupantes e o direito constitucional aproximou seus rumos aos desejos populares. Houve uma correção similar nos desdobramentos dos ataques à corte do final dos anos de 1950, e o mesmo novamente no final dos anos 60, quando Richard Nixon adotou críticas ao ativismo da Corte como ponto focal de sua campanha presidencial.¹⁶¹ (FRIEDMAN, 2005, p. 325)

Assim, os relatos que seguem adiante, embora muitas vezes narrados de forma lúdica, serão encadeados para construir uma ampla imagem pública do STF. Como visto acima, as decisões tomadas pelo STF servem de mensagem pública que, ao serem recepcionadas, são transformadas em mensagens-reação sob diversas formas (textos, caricaturas, máscaras de carnaval). Tais mensagens-reação dos cidadãos podem ter como efeito a legitimação pública das decisões do STF.

3.1 DO ANONIMATO À FAMA, UM LONGO CAMINHO

A crescente popularidade do STF foi quantificada por Marcelo Novelino por meio do número de citações sobre a Corte veiculadas em 1.424 veículos de mídia escrita do país. Em agosto de 2012, início do julgamento da Ação Penal 470, caso conhecido como *mensalão*, a exposição do STF teria crescido 170% em relação ao mesmo período do ano anterior (2011).

¹⁶¹ Tradução livre do original: “History confirms the tug that public opinion has on the direction of constitutional law. The most famous example might be events subsequent to the defeat of Roosevelt’s court-packing plan. The plan failed, but the Supreme Court bench had many new occupants, and constitutional law took a turn more congenial with popular wishes. There was a similar correction in the aftermath of late 1950s attacks on the Court, and the same again at the end of the 1960s when Richard Nixon made a challenge to the Court’s activism a focal point of his campaign for the presidency”. (FRIEDMAN, 2005, p. 325).

Entretanto, a popularização do STF e de seus ministros no imaginário popular foi uma longa construção. De acordo com o estudo de Fabiana Luci de Oliveira, a presença do Supremo Tribunal Federal no cenário público nacional foi um processo lento e paulatino, que levou décadas.

A partir de uma extensa amostra das reportagens veiculadas de 1979 a 1999 sobre o STF, usando como referência as notícias veiculadas em dois dos maiores jornais de São Paulo (Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo), Oliveira concluiu que o Tribunal *“buscou transformar a imagem de que desfrutava na opinião pública, passando de uma situação em que era identificado como alheio à realidade e às necessidades do país, à imagem de instituição de importância central para o desenvolvimento da nação”*. (OLIVEIRA, 2004, p. 101).

Para explicitar as mudanças sobre como o STF foi percebido por alguns veículos formadores da opinião pública, Oliveira destacou 3 períodos distintos: 1979 a 1988, durante o processo de abertura política e de consolidação da democracia, 1988 a 1993¹⁶², de transformação do perfil do tribunal, e de 1994 a 1999, a consolidação do novo perfil do STF, mais presente nos grandes debates nacionais.

No primeiro período (1979-1988), o STF foi majoritariamente identificado como alheio à realidade e às necessidades do país e com uma imagem geral predominantemente negativa.

Os editoriais dos jornais *Folha* e *Estadão* criticavam a Corte com frequência, acusando o que consideravam como uma omissão injustificada, eis que o STF teria deixado a cena pública no momento em que o regime ditatorial se havia acirrado. (OLIVEIRA, 2004, p. 115-116).

Sobre a pauta negativa, os jornais faziam referência *“às vantagens de que desfrutavam os ministros do Tribunal e ao fato de o STF abster-se de decidir questões relevantes para a vida política do país”*. (OLIVEIRA, 2004, p. 104). Como rara informação positiva do período, a autora destaca o esforço do então Presidente

¹⁶² Levando em conta a disponibilidade das matérias em arquivo digital, a autora considerou o limiar entre o segundo e o terceiro período como sendo o ano de 1993 para o jornal Folha de S. Paulo e 1995 para O Estado de S. Paulo. Para simplificar a apresentação dos dados, indicamos apenas o ano de 1993, entendendo que não há prejuízo para o grande arco temporal das divisões indicadas pela autora.

do STF, Ministro Xavier de Albuquerque, para promover um encontro entre os ministros do Tribunal, proprietários de jornais e jornalistas, a fim de estabelecer um acordo, visando a aproximar o STF da opinião pública.

A notícia de tal encontro com o objetivo explícito de “popularizar” o Supremo é demonstrativo do esforço empreendido pelos ministros para adquirir relevância e visibilidade diante do grande público. Entretanto, o comportamento do STF durante o regime militar havia feito grande estrago em sua reputação.

Fornecendo elementos que sustentam o viés pessimista sobre o STF no período, Vera Karam de Chueiri e Heloísa Fernandes Câmara indicam que o Supremo havia sido condescendente com o regime nos questionamentos jurídicos que se seguiram ao golpe de 1964:

A relação, às vezes conflitiva, entre atos institucionais e Constituição formam uma parte importante da memória do STF, que foi chamado a decidir em alguns casos envolvendo atos institucionais. **Nessas provocações, o STF em nenhum momento discutiu a validade dos atos institucionais ou de suas prescrições**, atendo-se a decidir com base em critérios interpretativos qual deveria prevalecer (Constituição ou Ato Institucional). (CHUEIRI e CÂMARA, 2015, p. 265, sem destaques no original).

Observando com maiores detalhes a relação entre o regime militar e o Supremo Tribunal Federal, Ivan Furmann narra que a capitulação dos ministros do STF ao regime não foi automática ou tampouco livre de obstáculos. Sobre os anos de 1964 a 1969, o autor expõe o panorama conflituoso nos quais o Supremo se contrapunha às decisões do regime. Este buscava, por meio de diversos Atos Institucionais, conferir uma frágil roupa de legalidade ao regime autoritário:

Os instrumentos legais da repressão foram os "atos institucionais" editados pelos presidentes militares. O primeiro foi introduzido logo em 9 de abril de 1964 pelo general Castelo Branco. Por ele foram cassados os direitos políticos, pelo período de dez anos, de grande numero de líderes políticos, sindicais e intelectuais e de militares. (CARVALHO, 2005, p.160, *apud* FURMANN, p. 3).

Conforme Furmann, a partir de 1964 começaram a surgir casos em que o STF decidiu contra os interesses do governo militar, como nos *Habeas Corpora* concedidos pelo Supremo¹⁶³ contra a prisão do governador de Pernambuco Miguel Arraes de Alencar e do governador do Estado de Goiás Mauro Borges.

Castelo Branco gostava de manter a aparência de legalidade do regime. Aparecer autoritário seria muito negativo ao regime, por isso a manutenção do STF era essencial. Entretanto, as decisões contrárias ao regime incomodavam. Surgiram então boatos de alteração do número de ministros do STF por iniciativa do poder executivo. (FURMANN, 2011, p. 4).

Até aquele momento a configuração dos ministros havia sido mantida com os mesmos membros que haviam presenciado o golpe de 1964. A reação do Governo Militar viria na forma de um novo Ato Institucional, desta vez alterando diretamente a composição da Corte e procedendo verdadeiro “*desmonte do antigo STF*” (FURMANN, 2011, p. 4):

[Em] 27 de outubro de 1965, o presidente Castelo Branco emitiu o Ato Institucional nº 2, que veio atingir diretamente o Supremo Tribunal Federal, alterando a sua composição. **O número de ministros foi aumentado de onze para dezesseis, tendo sido nomeados cinco ministros com militância partidária na UDN**, mais adequados, portanto, à política do momento. (COSTA, 2006, p.167, *apud* FURMANN, 2011, p. 5, sem destaques no original).

Foram nomeados 5 ministros¹⁶⁴ aliados ao regime militar, com tendências políticas ligadas a UDN e que facilitariam a aprovação dos interesses do regime militar no STF. (...). A mudança na constituição do STF inicia-se em 1965 com o AI-2 e continua com a aposentadoria de diversos ministros. Em 1969, sucederam-se novos Atos Institucionais e Emendas Constitucionais. O Ato Institucional nº 6, de 12 de fevereiro de 1969, atingiu novamente o Supremo Tribunal Federal, reduzindo de dezesseis para onze o número de ministros.¹⁶⁵ (...) **Ao final do período Costa e Silva somente 1 dos 11 ministros que adentraram no STF permaneceu.** Depois de 1969 o único

¹⁶³ O primeiro relato de Habeas Corpus concedido após o golpe de 64 teria sido uma decisão de 24 de agosto de 1964 em relação a um professor que através de um panfleto manifestava-se contra o regime. (FURMANN, 2011, p. 3).

¹⁶⁴ Os cinco ministros nomeados com o AI-2 de 1965 foram Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros.

¹⁶⁵ A partir do AI-6, três dos dezesseis ministros em exercício, Evandro Lins, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal, foram aposentados compulsoriamente. O ministro Gonçalves de Oliveira renunciou ao cargo em solidariedade aos colegas demitidos e Lafayette de Andrada aposentou-se. (FURMANN, 2011, p. 5).

ministro remanescente era o que mais apoiou o regime militar, o ministro Luís Gallotti, o mesmo que permaneceria como presidente do STF durante os anos que se seguiriam. Todos os demais membros que tomaram posse antes de 1964 haviam deixado o STF. Os demais vestiam a toga feita do mais belo tecido da legalidade nua. (FURMANN, 2011, p. 5, sem destaques no original).

Eis, talvez, uma boa razão pela qual eram poucos os ministros a manifestar publicamente suas discordâncias com o regime. Como demonstrou Heloísa Câmara ao observar os artigos publicados em uma importante revista de doutrina (Revista de Direito Administrativo) de 1964-1968, embora alguns ministros do STF fizessem parte do conselho editorial da revista, ainda assim *“a maior parte dos artigos que trataram de questões importantes para o regime o fizeram segundo a perspectiva oficial. Houve algumas manifestações críticas, como a de Nunes Leal, mas foram minoritárias”*. (CÂMARA, 2014, p. 16).

Com a reabertura democrática, surgiu a oportunidade para o STF se redimir diante da opinião pública. Entretanto, isso não seria tarefa fácil, já que mesmo após a redemocratização, a composição do STF continuava majoritariamente composta por ministros nomeados no período ditatorial:

Só deixaram totalmente o plenário do STF os membros nomeados pela ditadura militar em 2003 com a aposentadoria de Sydney Sanches. Até 1991 eram maioria e até o ano 2000, doze anos após a constituição de 1988, ainda permaneciam 4 ministros nomeados por militares. (FURMANN, 2011, p. 9).

Ainda assim, entre 1988 e 1993, Oliveira constatou uma transformação do “perfil” do Tribunal, com incremento na exposição dos julgamentos da Corte e da opinião de seus ministros:

Após a Constituição de 1988 o STF veio a ocupar um espaço distinto na vida política do país, havendo, em decorrência dessa mudança, uma abertura maior para que os ministros se referissem a questões financeiras, por exemplo. **As notícias transpareceram que a atuação do STF modificara-se: ele assumia abertamente sua posição de ator político imprescindível.** (OLIVEIRA, 2004, p. 109-110, sem destaques no original).

Finalmente, no período compreendido entre os anos de 1994 e 1999, o Supremo pareceu bem menos preocupado com sua imagem pública do que nos anos anteriores. Embora algumas publicações apontassem críticas às omissões do STF em manifestar-se em determinados casos, atribuindo-se à Corte um comportamento submisso frente aos poderes Executivo e Legislativo, os ministros evitavam se pronunciar publicamente sobre a questão. De acordo com Oliveira, a instituição teria alterado a autopercepção de seu papel e se engajava em uma luta simbólica para reafirmar a independência do Tribunal, que já se consolidara um dos poderes da República (OLIVEIRA, 2004, p. 110).

3.2 O SUPREMO SOB OS HOLOFOTES

As alterações na percepção colhida junto aos dois maiores jornais de São Paulo formam uma abrangente imagem de como o papel desempenhado pelo STF foi sendo descrito e absorvido pelos formadores de opinião – e, conseqüentemente, pode-se inferir que tenham tido impacto sobre o imaginário de seus leitores. Quando se iniciou a abertura política, o tribunal passou a manifestar-se com maior frequência e a buscar novamente seu espaço entre os poderes políticos, repovoando o imaginário popular como verdadeiro contraponto às questões políticas em disputa.

Mas talvez a maior transformação em termos de imagem pública do Supremo tenha ocorrido a partir de 2002, com a criação da TV Justiça.¹⁶⁶

Sob a presidência do ministro Marco Aurélio, o STF passou a veicular ao vivo suas sessões de julgamento, transmitindo-as em canal de televisões a cabo e por satélite. Os ministros do Supremo, transformados em atores da teledramaturgia jurídica, passaram a sofrer uma **superexposição midiática**, cujos efeitos positivos ou negativos não são consenso na literatura acadêmica.

¹⁶⁶ Criada pela Lei 10.461/2002 que incluiu, nos serviços de TV a Cabo, a obrigatoriedade de um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, a TV Justiça iniciou suas transmissões em 11 de agosto 2002 transmitindo ao vivo os julgamentos do Plenário do STF. Hoje é veiculada a cabo, por satélite (DHT), antenas parabólicas e internet.

Em dissertação de mestrado sobre as formas de veiculação das decisões do STF, Mariana Ferreira Cardoso da Silva apontou algumas das fragilidades da publicidade irrestrita que sujeita não só as decisões, mas todo o debate e as sessões de julgamento do STF:

No caso do STF, a publicidade, aparentemente, não é um problema, na medida em que todos os acórdãos são publicados e disponibilizados na internet. A publicação das decisões do STF é também matéria regimental. O art. 961 do RISTF estabelece que todo e qualquer julgamento deve ter a transcrição do áudio, incluindo os votos, o relatório e os debates. Há, ainda, desde 2002, a transmissão televisiva das sessões de julgamento por intermédio da TV Justiça. (...) A publicidade irrestrita a que se submete o tribunal desde então criou a sensação de ser possível controle total sobre as atividades da Corte por parte da sociedade civil. (...) **A publicidade não assegura a cognoscibilidade das decisões tribunal. Pelo contrário, ao inibir a deliberação e a construção colegiada das decisões, é um fator de estímulo à produção prévia de votos e à intransigência individual no debate televisionado**, resultando em decisões menos objetivas, mais extensas e sem unidade de fundamentação. (SILVA, 2014, p. 75-76, sem destaques no original).

Se por um lado as sessões popularizaram a Corte, sua forma de atuação e seus atores, por outro lado atraiu os holofotes sobre suas decisões e a individualidade de cada ministro. Neste aspecto, o STF se aproxima, em termos de material para as especulações e fofocas, das intrigas da corte de Louis XIV descritas por Peter Burke (2009).

É o que se pode ler na reportagem de Luiz Maklouf Carvalho, em matéria de veiculada em duas edições da revista Piauí, de cunho satírico e reportagens de maior qualidade literária. O tom dos artigos versou sobre os bastidores da tomada de decisões no Supremo, descrevendo em minúcias os perfis dos ministros da época (2010) e suas relações com a mídia e as sessões televisionadas:

Conhecido pela linguagem poética com que tempera seus votos, **Ayres Britto é dos ministros que nunca esquecem que seis câmeras de televisão captam tudo o que acontece nas sessões plenárias. Talvez perca nisso apenas para o ministro Marco Aurélio, quase um profissional.** Britto também é bom em elaborar frases com grande chance de repercutir nos jornais no dia seguinte. A última que fez sucesso, no julgamento do habeas corpus do governador José Roberto Arruda foi: “Infelizmente, há quem chegue às maiores alturas para cometer as maiores baixezas”. (CARVALHO, 2010, p. 35, sem destaques no original).

Além da intimidade de determinados ministros com as câmeras e a exposição pública, Carvalho destaca a opinião do ex-ministro Ayres Britto sobre os perigos do vedetismo e do culto da personalidade, sem resistir, entretanto, a expor sua reprovação com relação ao comportamento de colegas de Corte:

“Os ministros são figuras midiáticas e têm que saber administrar essa notoriedade”, ele disse. “Eu não me sinto estrela, nem pop star, e nem assediado. Encaro com a maior naturalidade. Se me pedirem para tirar dez fotos, eu tiro as dez. Os ministros não são apenas julgadores, eles têm satisfações a dar ao público. É um dever se comunicar, desde que esse contato não resvale para o vedetismo e o culto da personalidade.” **A última frase é um recado é para Gilmar Mendes “Há um de nós que fala demais”, respondeu Ayres Britto, e foi em frente: “O Gilmar é agressivo, rude, provocativo. Usa uma linguagem que ofende as pessoas. E não há necessidade disso. Dá para combinar leveza e firmeza”.** (CARVALHO, 2010, p. 36, sem destaques no original).

Eis, portanto, a delicada transição da exposição pública do STF: do anonimato de uma Corte inexpressiva nos debates públicos e sem relevância no ambiente político no período anterior à carta de 1988, à superexposição midiática das sessões ao vivo, a partir de 2002.

3.3 JULGAMENTOS COMO *REALITY SHOW*

There are, of course, limitations to the study of political attitudes via the justices. Certain data are largely or completely unavailable, because access to them is foreclosed. (...) For even if we could bug the Court's conference room – or better yet, install therein a televiewer (in the fashion of Big Brother in Orwell's 1984) or best, station an observer or a team of social scientists in the conference room – in each situation we should have to cope with new problems of theory and methodology. **As soon as the justices became aware that they were playing for a macro – instead of a micropublic audience, we might anticipate more or less extensive adaptations in their behaviors.*** (SCHUBERT, 1965, p. 18-19, sem destaques no original).

Ainda em 1965, Glendon Schubert especulava sobre a possibilidade de instalar escutas para ampliar os estudos sobre as atitudes e ideologias dos ministros da Suprema Corte norte-americana. Melhor ainda, afirmava, seria a instalação de

um televisor, no melhor estilo “Big Brother” descrito por George Orwell. No entanto, profeticamente, Schubert cogitava que tal exposição dos ministros a uma ampla audiência poderia modificar seus comportamentos, trazendo novos desafios de teoria e método. Mal poderia imaginar que antecipava em praticamente 50 anos um debate sobre o televisionamento das sessões do STF.

Embora a publicidade das sessões de julgamento no STF tenha inegável guarida no princípio da publicidade dos atos da administração pública (art. 37, CF) e do Judiciário (art. 93, IX, CF), não há consenso em torno dos benefícios (em termos de qualidade de prestação jurisdicional) da veiculação pública de todas as sessões e deliberações da Corte.

Há, ao contrário, uma associação possível entre a veiculação ao vivo das sessões e seus efeitos negativos no comportamento dos ministros, inibindo o debate franco:

De todo modo, a publicidade das atividades do STF é, notadamente, um fator que influencia os procedimentos decisórios e, por essa razão, pode ser relacionado às dificuldades de cognoscibilidade das decisões, questões institucionais com influência direta na efetividade dos mecanismos vinculação das decisões da corte. Ao inibir o debate franco e a deliberação conjunta, a interação com o restante da sociedade, mediante a transmissão televisada e a publicação virtual das decisões, **é assim fator que interfere na interação interna entre os ministros, estimulando a produção prévia de votos, ao invés da abertura ao diálogo e ao argumento formulado pelos demais membros da corte.** (SILVA, 2014, p. 77-78, sem destaques no original).

Em comparação com outras cortes, o alto grau de exposição pública do nosso STF é de fato uma exceção.

Assim como Peter Burke descreve que o comportamento de Luís XIV era de muito maior exposição e exibicionismo em relação à sobriedade de Filipe IV da Espanha (BURKE, 2009, p. 192), o STF se expõe ao público de forma muito mais ostensiva do que em outros países, como os EUA e a França, onde as cortes constitucionais são mantidas mais longe dos olhares do grande público.

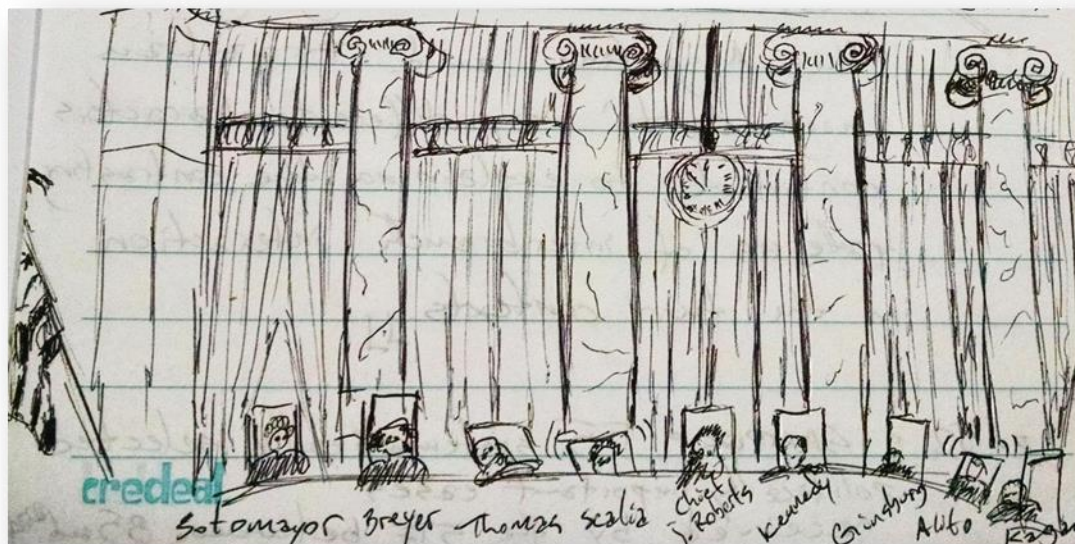
Na *Supreme Court* norte-americana, são admitidos visitantes para os argumentos orais, mas as sessões de deliberação e elaboração dos votos não são abertas ao público. Nos argumentos orais, são proibidas fotos e filmagens

(SCHUBERT, 1965, p. 18; MANZANO, 2013). Embora o acesso seja livremente permitido, o número de espectadores para a sessão é restrito pelo limitado espaço disponível nos bancos dispostos na sala de sessões, que comporta aproximadamente duzentas pessoas.

Alguns dias após a sessão, o registro fonográfico (áudio apenas, não há vídeos ou fotos) é disponibilizado no portal institucional da SCOTUS, sendo da lavra de desenhistas e ilustradores as únicas fontes de imagens dos julgamentos.

Eis, como exemplo, uma singela ilustração da sessão do dia 12 de janeiro de 2016:

Figura 3.2: Ilustração de uma sessão de argumentos orais na Suprema Corte norte-americana.



Fonte: Elaboração própria a partir de observação direta do autor.

Este sistema de permissão seletiva, no qual o processo deliberativo da Corte é apenas parcialmente acessível – mediado por ilustradores; controlado pela exclusividade no registro de áudio e limitado pelo seleto grupo com assento nas sessões – permite que os ministros mantenham um alto grau de restrição sobre sua exposição pública e, conseqüentemente, o controle sobre o tamanho de sua audiência (BAUM, 2006, p. 12).

Na França, as sessões de julgamento sequer são públicas! Dentre as cortes superiores, há uma para o controle de constitucionalidade (*Conseil Constitutionnel*) e outra para o controle dos atos da administração pública (*Conseil d'État*). O segredo

que envolve suas deliberações é tamanho que seus membros se obrigam ao sigilo sobre quaisquer temas que envolvam os julgamentos.

Neste aspecto, vejamos o que escreveu Bruno Latour como introdução à sua etnografia do *Conseil d'État*¹⁶⁷, descrevendo seus cuidados, enquanto pesquisador, para não desnudar os segredos da Corte ao grande público:

Como investigar sobre o segredo do Estado sem trair segredos de Estado? Tal é o problema de método e de deontologia ao qual fui confrontado escrevendo este livro. Os antropólogos conhecem bem esse problema, mas aqueles cujas práticas eles desvelam raramente leem suas obras. Na dúvida, é sempre possível estabelecer um pacto com os informantes a fim de dissimular os nomes e os lugares das iniciações ou dos rituais cujas etapas são reveladas, sem para tanto que essas cerimônias percam sua eficácia para aqueles a quem elas dizem respeito.¹⁶⁸ (LATOUR, 2004, p. 7).

Latour defende, em tom dúbio (irônico, talvez?) que a manutenção dos segredos no ambiente jurídico fazem parte de uma obscuridade que lhe é indispensável:

Ora, o direito não tem a mesma relação fácil com clareza nem com o saber: pode ser que o segredo lhe seja necessário. Que desgraça, que mancada se o investigador, por uma malfadada vontade de saber, fosse por fim à obscuridade indispensável à manutenção de uma instituição que lhe garante, no fim das contas, sua existência legítima.¹⁶⁹ (LATOUR, 2004, p. 8, sem destaques no original).

¹⁶⁷ De acordo com Cardoso (2006), no sistema constitucional francês da chamada 5ª república (Constituição de 1958), o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) é o tribunal competente para reexaminar causas em que a administração é parte. O controle de constitucionalidade em abstrato é realizado pelo Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), cujas reuniões também são secretas da mesma forma que as do Conselho de Estado descritas por Latour.

¹⁶⁸ Tradução livre do original: “*Comment enquêter sur le secret de l'État sans trahir de secret d'État ? Tel est le problème de méthode et de déontologie auquel j'ai été confronté en écrivant ce livre. Les anthropologues connaissent bien ce problème, mais ceux dont ils dévoilent les pratiques lisent rarement leurs ouvrages. Dans le doute, il est toujours possible de passer un pacte avec les informateurs afin de dissimuler les noms et les lieux des initiations ou des rituels dont les étapes se trouvent révélées, sans pour autant que ces cérémonies perdent leur efficacité pour ceux qu'elles concernent directement*”. (LATOUR, 2004, p. 7).

¹⁶⁹ Tradução livre do original: “*Or, le droit n'a pas avec la clarté ni avec le savoir la même relation facile: il se peut que le secret lui soit nécessaire. Quel malheur, quelle bétise si l'enquêteur allait, par une volonté de savoir mal placée, mettre fin à l'obscurité indispensable au maintien d'une institution qui lui garantit, en fin de compte, son existence légitime*”. (LATOUR, 2004, p. 8).

Finalmente, explica que para sua obra sobre o Conselho de Estado, a solução encontrada foi proteger o anonimato tanto dos juízes quanto dos jurisdicionados, apagando o número dos processos e modificando todos os nomes próprios para que “*nenhum fio permitisse ligar uma discussão particular a um caso reconhecível. Proteção ilusória, claro, para aqueles que conhecem o direito administrativo ou que trabalham no Conselho (...). Mas proteção ao menos contra todo efeito jurídico que permita colocar em questão as decisões proferidas.*”¹⁷⁰ (LATOURE, 2004, p. 9).

Sobre as altas cortes na jurisdição francesa, a exposição é ainda menor! Os segredos dos julgamentos nos *conseils* franceses são tão protegidos, que Latour afirma ainda que só lhe foi permitido assistir às sessões de instrução. As sessões de deliberação somente podem ser vistas por *énarques* (egressos da Escola Nacional de Administração, de onde saem os quadros da alta administração pública francesa), juízes ou estagiários.¹⁷¹ (LATOURE, 2004, p. 30). Sendo Latour “apenas” um estudioso das áreas da antropologia, sociologia e filosofia, não obteve permissão para acompanhar as sessões de deliberação.

No país dos tucanos e jabuticabas, as sessões são mais acessíveis do que no hemisfério norte. Se Bruno Latour desejasse escrever uma etnografia do STF, poderia fazê-lo de casa, sentado confortavelmente em seu sofá, assistindo as sessões por meio da TV Justiça ou lendo as notícias em tempo real veiculadas no *twitter*.

Entretanto, o conforto doméstico cobra seu preço: os debates e julgamentos são *públicos*, mas não necessariamente *transparentes*.

A tensão entre a franca publicidade da Corte (com a veiculação televisiva dos julgamentos do STF) e seu déficit de transparência foi brilhantemente exposto por Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes. Os autores afirmam que a falta

¹⁷⁰ Tradução livre do original: “*La solution choisie consiste à protéger l'anonymat aussi bien des juges que des justiciables. En effaçant le numéro des affaires, en modifiant tous les noms propres, je me suis assuré qu'aucun fil ne permettrait de remonter d'une discussion particulière à un cas reconnaissable. Protection illusoire bien sûr pour ceux qui connaissent le droit administratif ou qui travaillent au Conseil puisque, par définition, les décisions leur offrent un visage aussi familier que celui de leurs cousins et amis. Mais protection quand même contre tout effet juridique permettant de mettre en cause des jugements rendus.*” (LATOURE, 2004, p. 9).

¹⁷¹ Tradução livre do original, “*N'étant ni juge, ni énarque, ni stagiaire, il ne nous a pas été possible d'assister aux délibérés proprement dits mais seulement, comme on le verra plus loin, aux séances d'instruction qui les préparent.*” (LATOURE, 2004, p. 30).

de clareza das decisões da Corte ofusca os benefícios colhidos da ampla publicidade:

Transmissões ao vivo e acórdãos disponíveis na internet, entre outras medidas, criaram um mito de transparência que precisa ser desconstruído. Ao contrário do que muitos tentam fazer crer, publicidade e transparência não têm nenhuma relação direta e necessária com a quantidade de julgamentos transmitidos pela TV. Um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. **Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público.** Contudo, se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão.

Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional. (...).

Saber se a discussão entre os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa fere a imagem do tribunal não é tão relevante quanto o sintoma que esse episódio pode representar: alguns ministros começam a aproveitar o "momentum" televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. **Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial.** O tribunal vende uma e entrega o outro. E não percebemos. (MENDES e SILVA, 2009, sem destaques no original).

Em outra crítica às sessões ao vivo, a transmissão pública dos julgamentos pelo STF leva os ministros a dar mais destaque à cultura beletrista do que a sintetizar as razões e argumentos da decisão, como aponta Mendes:

Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. **Em regra, têm estilo prolixo e arrevesado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista.** Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. **Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal.** Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si,

expressas nos votos dos 11 ministros. (MENDES, 2010a, sem destaques no original).

Ainda em 2010, outro artigo de Conrado Hübner Mendes denunciava a enfadonha “sessão de leitura” que se tornara a plenária do STF, na qual a autoria de votos individuais se sobrepõe à construção de decisões coletivas:

Mais de 14 horas foram gastas para que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a constitucionalidade de um artigo da Lei da Ficha Limpa. Queríamos saber se essa norma seria aplicável ao processo eleitoral em curso. A importância e a urgência do caso dispensam comentários. **O tribunal nos respondeu o seguinte: cinco ministros acham que sim, cinco acham que não. Como uma cadeira estava vaga, não houve como desempatar. Sem decisão, o caso foi arquivado.** (...) Não se espera que uma corte, numa sociedade pluralista, alcance o consenso. O desacordo pode mostrar a vitalidade da discussão e a complexidade do tema. Em muitas cortes do mundo, votos vencidos são evidências da qualidade da deliberação, não o contrário. São bem-vindos para o arejamento da argumentação jurídica. **A pluralidade de votos do STF, porém, indica fenômeno diverso. Enraizou-se, ali, um excessivo apego à autoria individual e um desinteresse em produzir votos coletivos.** (MENDES, 2010b, sem destaques no original).

A possibilidade – e talvez, incentivo midiático – de apresentar votos individuais leva os ministros a repetir os argumentos do relator, sem efetiva contribuição para o debate, como descreve Guilherme Klafke:

A possibilidade que todos os ministros têm de apresentar um voto individual contribui para a existência de pronunciamentos que se limitam a reafirmar o que já foi dito. Nos casos em que o voto do relator é um dos únicos disponíveis, a linha de raciocínio condutora do julgamento fica muito mais clara (KLAFKE, 2010, p. 88-89).

Assim, pouca diferença faz a publicidade da sessão, uma vez que o acórdão, embora produzido publicamente, deixa de ser o resultado de deliberação colegiada e passa a ser composto pela soma dos 11 votos dos ministros do STF, seja com argumentos repetidos, seja com argumentos que não dialogam com os de outros votos, dificultando sobremaneira a compreensão do que foi julgado – e, principalmente, por que razão.

Na mesma direção, na pesquisa realizada por Adriana de Moraes Vojvodic,

Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso sobre os precedentes e o processo decisório no STF, as autoras constataram que a falta de padrões de decisão implica que “*cada caso seja decidido sem referência a casos previamente relacionados. Esse contexto pode colaborar para a falta de transparência decisória e para o que pode ser considerado um déficit democrático do STF*” (VOJVODIK *et al.*, 2008, p. 21).

Eis alguns dos ‘problemas’ encontrados pelas pesquisadoras na ação direta de inconstitucionalidade 2591-ED/DF¹⁷², julgada improcedente pelos ministros pela maioria de nove votos a dois:

Consideremos alguns problemas no julgamento. Primeiro, a **dificuldade dos próprios ministros em identificar qual é a questão em discussão**. Cada ministro decide sobre um ponto e não há a formação de *rationes* acerca do mesmo problema. Segundo, **o ministro relator não consegue identificar quais foram as *rationes* de seus colegas** e, portanto, não consegue identificar qual foi a *ratio decidendi* do julgamento, considerando somente a sua como prevalecente. Desse modo, não é possível a formação de uma *ratio decidendi* do Tribunal. (VOJVODIK *et al.*, 2008, p. 35, sem destaques no original).

Tendo em vista a natureza do acórdão no STF, composto por uma compilação de votos individuais, cumpre à **ementa elaborada pelo relator** o papel de apresentar uma síntese do julgado. Infelizmente, esta nem sempre corresponde ao relato preciso da decisão tomada pela Corte:

Como vimos, o grau de discricionariedade do relator, no momento de redigir a ementa do caso, é muito grande. Nesse caso, se não fossem opostos embargos de declaração à ementa, ela permaneceria não refletindo o julgamento. (VOJVODIK *et al.*, 2008, p. 35).

Da mesma forma, extremamente pertinente é a crítica feita por Oscar Vilhena Vieira em seu texto *Supremocracia*:

¹⁷² A ação abordava a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações contratuais bancárias. “A discussão girou em torno da revisão da correção monetária e dos juros estipulados em contratos entre pessoas físicas ou pequenas empresas e instituições financeiras, em face da alegação de práticas abusivas por parte das últimas no estabelecimento das taxas de juros aplicáveis sobre as obrigações contratuais”. (VOJVODIK *et al.*, 2008, p. 34).

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. (...) [A]s decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. (VIEIRA, 2008, p. 458, sem destaques no original).

Assim como em um “reality show”, a falsa sensação de transparência é alimentada pelos detalhes paroquiais, pelo conhecimento das rugas entre os ministros e seu debate ao vivo que tende à intransigência.

Em análise sobre um julgamento ocorrido em 12 de setembro de 2014 no Tribunal Superior Eleitoral, Conrado Hübner Mendes acusa a espetacularização da Corte (que tem, entre seus sete membros, três ministros do STF), denunciando o comportamento histriônico do Ministro Gilmar Mendes:

Nesse último processo eleitoral, como ministro do Tribunal Superior Eleitoral, após decisão que rejeitou candidatura de José Roberto Arruda com base na Lei da Ficha Limpa, da qual é opositor contumaz, afirmou, em ataque ao colegiado: “Quem tem responsabilidade institucional, justifica. Não faz de conta que hoje estava votando assim e hoje eu estava votando assado. Isso é brincadeira de menino”. E completou: **“Quem faz jurisprudência *ad hoc* é tribunal nazista” Gilmar Mendes luta com as armas que tem e não gosta de perder. Quando perde, solta o verbo, e o seu verbo é calculado para polemizar.** Pouco importa que afete a integridade do tribunal e de seus próprios colegas. A dúvida, matéria-prima para um bom juiz, não o atormenta. Como numa “brincadeira de menino”, quer ser sempre o dono da bola. Uma cultura constitucional governada por donos da bola, contudo, corrói o projeto da Constituição de 1988 e o delicado capital político do TSE. Sobreviver a ministros assim é hoje um dos maiores desafios do tribunal. **O jornalismo judicial se deixa seduzir muito fácil pelas palavras do ministro. Poderíamos deixar de ouvir o Gilmar Mendes midiático e passar a ler o Gilmar Mendes juiz.** Seus votos proporcionam descobertas mais interessantes para o bom debate e a boa crítica. Ali estão as polêmicas que precisam ser captadas pelo radar público e pelo jornalismo diligente. (MENDES, 2015, sem destaques no original).

Para não deixar de apresentar um contraponto às críticas à veiculação das sessões de julgamento pela TV Justiça, vale a pena observar as ponderações de André Rufino do Vale que defende que o problema da deliberação não está no telejornalismo das sessões, mas em sua publicidade:

A atual pretensão de se construir um **debate em torno do papel da TV Justiça** e verificar o seu **impacto na argumentação jurídica** produzida no Plenário do STF teria que envolver todos os aspectos desse modelo de deliberação, especialmente o da publicidade, para o qual a transmissão televisiva representa, observe-se bem, apenas um meio adicional de comunicação. No contexto mais amplo da publicidade dos julgamentos, a suspensão das transmissões televisivas seria um mero paliativo, pois **remanesceriam os demais veículos de divulgação das atividades do tribunal, como a Rádio Justiça, o Canal do STF no You Tube e a onipresente imprensa especializada**. Se quisesse ser de fato coerente e responsável por todas as suas consequências, o discurso que defende a suspensão das transmissões dos julgamentos teria que também justificar, com os mesmos argumentos, a eliminação de todos os canais de divulgação em tempo real das deliberações plenárias. (...) O problema então seria, no fundo, a publicidade dos julgamentos, em todos os seus aspectos, e não apenas as transmissões pela TV Justiça.

Assim, levado às últimas consequências, esse discurso teria que defender a adoção de um genuíno modelo fechado ou secreto de deliberações, utilizando-se dos modelos institucionais que são referência no direito comparado, como os praticados em tribunais constitucionais europeus, em especial os da Alemanha, da Itália, da Espanha, de Portugal, entre outros.

É preciso entender, portanto, que **“julgamentos midiáticos” podem existir em qualquer modelo de deliberação, público ou secreto, e que as propostas de soluções meramente paliativas, como a suspensão das transmissões televisivas, não agregam nada de substancial à necessária construção de um profundo debate sobre esse interessante tema.** (VALE, 2014, p. 2-3, sem destaques no original).

Diante de tantas críticas à “falsa” transparência do STF, talvez apenas as palavras de Antoine Garapon possam servir de consolo, ao afirmar que *“[i]maginar uma sociedade totalmente transparente, um mundo que seria governado sem instituições, é simplesmente uma utopia. (...) Jamais as sociedades invocaram tanto a transparência e nunca foram elas próprias tão opacas.* (GARAPON, 1999, p. 92-93).

Já falamos dos efeitos da exposição midiática do Supremo, mas sem dimensionar exatamente do que se trata. Vamos adiante quantificar o impacto midiático do STF.

3.4 MENSALÃO: O SUPREMO EM SEU AUGUE (NA POPULARIDADE E NA DISCÓRDIA)

Chamando 2012 de o ‘ano pop’ do STF, Marcelo Novelino descreve que em agosto, primeiro mês de julgamento do mensalão, o número de menções à Corte na mídia (em jornais, revistas, portais, blogs, etc.) teria quadruplicado. (NOVELINO, 2013, p. 267).

Um conjunto de fatores tem contribuído para a crescente visibilidade do STF, dentre eles, a inédita sequência de casos com forte apelo social, político e/ou midiático que teve como ápice o denominado “julgamento do mensalão” (AP 470/DF). O caso despertou grande interesse do público e foi objeto de uma cobertura jamais vista no país, com matérias e reportagens veiculadas diariamente em jornais, revistas, rádios e emissoras de televisão. Dois mil e doze ficou conhecido como o “ano pop” do STF. No período do julgamento, o Supremo foi citado 91.839 vezes nos veículos de comunicação impressa (NOVELINO, 2013, p. 266).

Um dos efeitos de tal exposição midiática foi o aumento de popularidade de alguns ministros do STF, que se tornaram personagens conhecidos de grande parte dos cidadãos brasileiros, em especial o ex-ministro Joaquim Barbosa, relator do processo da Ação Penal 470:

Em agosto de 2012, o Supremo Tribunal Federal deu início à primeira fase do julgamento da Ação Penal 470, conhecida na imprensa como “Mensalão”, que tinha por objeto o suposto desvio de dinheiro público por autoridades para a compra de apoio político, com o propósito de obter a aprovação dos projetos do governo. (...) distribuição do feito, por sorteio, destinara sua relatoria ao ministro Joaquim Barbosa, um ministro bastante sensível à opinião pública. A primeira fase do julgamento se estendeu de agosto a dezembro de 2012, foi inteiramente televisionada, intensamente comentada pela imprensa e acompanhada de perto pela população. (...) O julgamento despertou todos os estereótipos dramáticos da população, à moda das telenovelas. **O ministro Joaquim Barbosa tornou-se, aos poucos, um dos homens mais populares do país.** A imprensa relembrava sua história, o fato de vir de uma família muito humilde, de ter enfrentado enormes dificuldades e de tê-las superado graças a seu esforço pessoal. Apresentava um homem empenhado em combater a impunidade e implacável na condenação dos delitos contra o erário público. **Por toda parte, registravam-se referências ao ministro como um herói, um “cavaleiro disposto a enfrentar as resistências em busca de justiça”, um “ídolo popular”.** Não havia dúvida, o relator encarnava o sentimento de indignação da população. (MELLO, 2015, p. 361, sem destaques no original).

O ex-ministro chegou a constar em terceiro lugar nas pesquisas eleitorais para a presidência da república, com mais de 10% das intenções de voto, sem sequer ser candidato. (NOVELINO, 2013, p. 267 e MELLO, 2015, p. 364).

De personalidade controvertida, Joaquim Barbosa protagonizou diversos embates com seus colegas, não poupando lhes dirigir palavras duras e manifestando expressamente – e até mesmo deselegantemente, para alguns – sua discordância em temas variados, desde ligados ao resultado de julgamentos até procedimentos, como o de receber advogados em gabinete ou pedir vistas de determinado processo.

Um episódio antigo, ainda de 2008, prévio ao julgamento da Ação Penal nº. 470 (do mensalão) é narrado por Márcio Chaer, segundo relatos de quem teria presenciado um embate entre os ex-ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau:

A partir daí, o exercício de pancadaria verbal foi longe. Joaquim só não agrediu Eros porque foi contido. **Ele chamou o colega de velho caquético**, colocou sua competência em questão, disse que ele escreve mal “e tem a cara-de-pau de querer entrar na Academia Brasileira de Letras”. (CHAER, 2008).

Em 2014, Joaquim Barbosa seria ainda protagonista de vários conflitos¹⁷³ com os colegas e duramente criticado, como o faz Washington Araújo em reportagem provocativamente intitulada “*STF: Arena de egos incandescentes e de donos da verdade*”:

O temperamento, digamos mercurial, do ministro do STF Joaquim Barbosa coloca em xeque algumas premissas há muito consagradas no direito brasileiro. (...) Dentro do STF, o ministro Joaquim Barbosa há muito vem sendo reconhecido por seu perfil desagregador. Perfil facilmente conquistado por sua ojeriza a ouvir críticas e qualquer forma de reparo à sua atuação como ministro do STF que, aliado a sua opção de tratar com o fígado o que melhor seria ser tratado com o cérebro, o deixou isolado dentro da Corte. E um juiz do STF quando se vê isolado na Corte onde atua é

¹⁷³ Eis alguns dos embates narrados: em 22 de abril de 2009, em sessão plenária do STF, tecendo críticas ao ministro Gilmar Mendes: “*Vossa Excelência está destruindo a Justiça deste país e vem agora dar lição de moral a mim? Saia à rua ministro Gilmar, saia à rua, faz o que eu faço*”, disse. O presidente então disse que está na rua, no que foi rebatido duramente por Barbosa. “*Vossa Excelência não está na rua não. Vossa Excelência está na mídia, destruindo a credibilidade do Judiciário brasileiro*”. O ministro ainda pediu respeito a Mendes, dizendo que ele não estava falando com seus “*capangas do Mato Grosso*”. (ARAÚJO, 2014). Ainda, o ex-ministro Joaquim Barbosa teria tecido críticas indelicadas ao ministro Cesar Peluso em sua sessão de despedida da Corte (20 de abril de 2012), ao ministro Ricardo Lewandowski em uma das sessões da AP 470 (05 de agosto de 2012) e ao ministro Marco Aurélio (28 de setembro de 2012), tendo vivenciado, assim, conhecidas rugas com cinco ministros, metade dos seus colegas no STF. (ARAÚJO, 2014).

facilmente seduzido por posturas monocráticas, autoritárias e ditatoriais como contraponto a não se sentir aceito pelos pares e, agora na função de presidente, usa e abusa de seu poder, esticando a corda ao máximo possível e sempre confiante que cabe aos demais a tarefa – inglória, diga-se – de manter um possível bom nome que a Corte tem desfrutado ao longo de sua história. (...) **E quanto mais Barbosa nada de braçada no mar de intrigas e maledicências que, com inaudita eficácia, atraiu para seu entorno, mais se sente impelido a produzir conflitos. Conflitos por ele criados com o intuito de desmerecer e desqualificar seus colegas do STF** (...) e conflitos que se avolumam por onde passa, seja em férias no exterior ou não, seja adquirindo imóvel no exterior ou não, seja em sua recusa de receber advogados em audiências ou a expelir desaforos a presidentes de entidades representativas de advogados. (ARAÚJO, 2014, sem destaques no original).

Sobre as críticas, cabe situar o acirramento dos ânimos após o início do julgamento da Ação Penal (AP) nº 470, em agosto de 2012, na qual diversos acusados eram ligados a partidos políticos com assento no Congresso Nacional.

Cada debate televisivo entre os ministros do STF, com relação à condenação ou absolvição dos acusados passou a ser tratado pela mídia como verdadeira batalha político-ideológica, atribuindo ao ex-ministro Joaquim Barbosa, relator do processo e claramente pró-condenação, seja ares de paladino da justiça moralizante, seja como algoz cruel e inquisidor dos acusados, a depender do ponto de vista do observador, a favor ou contra os acusados.

Neste contexto, o artigo de Washington Araújo precisa ser lido *cum grano salis*. Da mesma forma em que o ex-ministro recebeu ácidas críticas, efusivos elogios lhe foram também direcionados.

No ano de 2012, foram várias as montagens e caricaturas que circularam em *hipertexto*, associando o ex-ministro a imagens de super-heróis do universo dos quadrinhos. Uma destas montagens é a do ex-ministro Joaquim Barbosa figurando com o corpo do Super-Homem, em pleno voo:

Figura 3.3: Ex-ministro Joaquim Barbosa associado à figura do Super-Homem



Fonte: montagem por autor desconhecido. Disponível em: revistapiui.estadao.com.br/herald/2012/12/20/retrospectiva-2012.

Para além do bom humor que o estilo caricatural da ilustração veicula, é possível extrair algumas informações de fundo que são relevantes para aprofundar a compreensão sobre o efeito que uma imagem destas exerce sobre o imaginário popular. Para sua interpretação, buscou-se decifrar de um lado o esquema mental, padrões culturais aos quais os autores da imagem estão vinculados, e de outro os elementos contextuais que possibilitam a leitura da obra. (LOBO e PEREIRA, 2014, p. 182-183).

Tendo circulado de forma muito intensa na internet, estando disponível em mais de duas dezenas de sites ao mesmo tempo, não foi possível localizar onde teria sido veiculada pela primeira vez e seu contexto de criação ou até mesmo seu título são desconhecidos.

No aspecto do esquema mental que se pode investigar em torno da imagem, é inescapável descrever a cultura popular que envolve o Super Herói representado, cujo corpo (e seus poderes) são simbolicamente emprestados à Joaquim Barbosa. Bom moço, *Clark Kent* nasceu em outro planeta e por esta razão tem poderes praticamente invencíveis, dotado de força sobre-humana, visão de raios-x e a habilidade de voar. Enviado à terra ainda bebê, o *Homem de Aço* cresceu sem conhecer seus pais e tem um coração de manteiga. Suas histórias demonstram um herói principesco, movido pela honra e bondade, sem deixar de lado a tranquilidade e a paciência inesgotável.

Essas características não parecem se amoldar ao temperamento do ex-ministro Joaquim Barbosa, pelo menos do descrito nas sessões de julgamento transcritas anteriormente.

Não são apenas exemplos de retidão de caráter que animam as montagens e sátiras do ex-ministro. Personagens sombrios e violentos também serviram de inspiração para os desenhos, o que talvez explique porque a segunda imagem (figura 2), tenha feito mais sucesso dentre as ilustrações, charges e montagens vinculadas ao ex-ministro disponíveis na internet.¹⁷⁴ Como se vê adiante, o ex-ministro figura com características de *Batman*, o Homem-morcego:

Figura 3.4: Ex-ministro Joaquim Barbosa como o “Batman do Brasil”



Fonte: Charge por Humberto para o Jornal do Commercio, Recife, PE, disponível em: jconline.ne10.uol.com.br.

¹⁷⁴ Em uma busca por “Joaquim Barbosa herói” na ferramenta de pesquisa *google imagens*, há duas vezes mais imagens relacionando o ex-ministro ao *Batman* do que ao *Super-Homem*, respectivamente 12 contra 6, em um universo de 50 imagens. É digno de nota apontar que Barbosa também aparece ligado a outros personagens da ficção, como *Hulk*, *Thor*, *Robin Hood* e *Darth Vader*.

Para os familiarizados das histórias em quadrinhos, o *Batman* não é um herói clássico, no sentido dos traços de caráter e temperamento que costumam identificar os heróis como pessoas do bem e da justiça. Bruce Wayne, o personagem que se traveste de *Batman* à noite para combater o mal, é conhecido como o cavaleiro das trevas (o que é auxiliado pela sua associação ao morcego, animal de hábitos noturnos). Sua atuação como *Batman* é ambientada em uma cidade ficcional¹⁷⁵ (*Gotham City*), repleta de criminosos e com uma polícia corrupta e ineficiente:

O Batman teve sua primeira história publica em maio de 1939, na revista Detective Comic Magazine #27, com a história The Case of Chemical Syndicate, a arte feita por Bob Kane e o roteiro de Bill Finger. **O personagem foi criado logo após do lançamento do Super Homem, com a proposta dos seus criadores de fazer um novo herói oposto a ele.** Enquanto, que o Clark Kent veio de Krypton, andava sobre a luz e sem máscara, Bruce Wayne era humano, das trevas e mascarado. (...) [Ele é o] protagonista para a cidade de Gotham City, pois este, como protetor da cidade, **combate os criminosos locais, através do uso eficaz do medo.** (UCHOA *et al.*, 2014, p. 1-2).

É justamente neste antagonismo entre o Super-Homem – bom moço, combatente do crime e defensor da justiça à luz do dia – e do Batman, justiceiro mascarado, que a associação de imagens ganha força. Batman atua à noite, no limiar da escuridão, para fazer a justiça que não pode ser feita à luz do dia.¹⁷⁶

Embora não tenha sido expressa em palavras, parece ter sido esta a compreensão do público com relação à atuação do ex-ministro nos julgamentos da Ação Penal 470.

Não se quer aqui valorar ou criticar as posições jurídicas adotadas pelo ex-ministro Joaquim Barbosa no STF. Todas elas são válidas e eficazes sob a autoridade jurisdicional investida pela Constituição republicana. O que se quer destacar é, justamente, como os debates entre os ministros – e aqui sim, as interpelações pouco cordiais do ex-ministro Joaquim Barbosa com seus colegas – foram absorvidos na cultura popular, refletindo na elaboração e circulação de

¹⁷⁵ Há relatos de que o desenhista teria se inspirado na violenta Nova Iorque do começo do século XX.

¹⁷⁶ A ironia, aqui, é que as sessões do STF não só eram realizadas durante o dia, como também filmadas por 6 câmeras com veiculação ao vivo para todo o Brasil.

imagens como as duas acima e tantas outras disponíveis na rede mundial de computadores.

Finalmente, faltaria alguma evidência fora do mundo abstrato da informática, a demonstrar de forma mais palpável a popularidade que os ministros do Supremo Tribunal Federal alcançaram após o julgamento do *Mensalão*.

A fama do ex-ministro Joaquim Barbosa com o grande público não passou despercebida do comércio, que transformou sua imagem em máscara para o carnaval de 2013, como se pode ver no anúncio adiante:

Figura 3.5: Anúncio de máscara de carnaval com semblante do ex-ministro Joaquim Barbosa



Fonte: www.americanas.com.br/produto/9438347/mascara-ministro-joaquim-barbosa-para-carnaval.

Não há melhor exemplo do que este acima, evidenciando a transformação da imagem de um ministro do STF em produto rentável para uso em uma festa popular, para ilustrar que os ministros do STF viraram *popstars* (LIPOVETSKY, 1989, p. 24). Estão na ribalta, sob os holofotes do grande público. E fazem grande esforço para ali permanecer, optando pela visibilidade pública como forma estratégica para adquirir maior independência.

3.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Este capítulo introduziu elementos para compreender a relação do Supremo com o público, em um contexto que se chamou de construção midiática.

De uma Corte inexpressiva, sem exposição pública, suas decisões foram midiaticamente ampliadas, passando a ser objeto de grande reverberação pública. Neste contexto, há um ciclo comunicacional em que as decisões do STF são recebidas pela população, que transmite mensagens-resposta ao STF (FALCÃO e OLIVEIRA, 2013). Entretanto, a ampla publicidade dos atos do STF não implica necessariamente em transparência ou clareza. Como vimos, com certa frequência a exposição midiática se deteriora em fofocas e não reflete um melhor acesso ao conteúdo decisório.

A partir de um histórico da imagem pública do STF e de sua exposição na mídia, é possível reconstruir o longo caminho pelo qual a Corte interage com sua plateia, ganhando popularidade e reconhecimento público.

Nas relações do STF com o governo, o aumento da visibilidade pública do STF – lentamente planejada até alcançar seu auge, a partir da última década, com o surgimento da TV Justiça em 2002 – parece servir como reserva de legitimidade, permitindo-lhe ganhar independência com relação aos interesses do governo, principalmente quando este enfrenta períodos de baixa popularidade. É o que se propõe nos testes empíricos do próximo capítulo.

4. O STF E SEU SUPORTE AOS GOVERNOS FHC E LULA (1995-2010)

4.1 MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E CORTES CONSTITUCIONAIS

Se as Cortes querem ser críveis como solucionadoras de disputas, elas precisam ao menos aparentar sua neutralidade.¹⁷⁷ (BRINKS, 2011, p. 129).

Propõe-se adiante uma pesquisa empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade sob os governos FHC e Lula (1995-2010).

A tese que se pretende testar empiricamente é a da convergência entre os interesses dos governos e as decisões do STF, sendo que a Corte levaria em consideração – de modo estratégico – o interesse do governo em exercício no momento da decisão, independentemente de qual tenha sido a origem política da indicação dos ministros integrantes do tribunal.

Neste aspecto, algumas questões são sensíveis: qual é a influência efetiva do governo sobre o processo decisório? O STF veta decisões dos atores políticos indistintamente ou suporta as decisões das coalizões de governo? A popularidade do governo guarda alguma relação com o controle abstrato de constitucionalidade?

Para responder tais questões, foram construídas algumas hipóteses para verificar se estes vetores de força externos à Corte têm poder explicativo sobre o resultado do controle de constitucionalidade.

As hipóteses foram então testadas em duas bases de dados. A primeira é composta¹⁷⁸ por decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas (em sede de liminar ou de forma definitiva) pelo STF no período compreendido entre os governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), tendo sido selecionadas decisões relacionadas à

¹⁷⁷ Tradução livre do original: *"If courts are to be credible dispute resolvers, they must at least appear to be neutral"*. (BRINKS, 2011, p. 129).

¹⁷⁸ Estes dados foram extraídos de uma base mais ampla, organizada pelo Núcleo de Direito e Política (PPGD/UFPR) e composta por 5.031 ações de controle abstrato de constitucionalidade ajuizadas entre 1988-2013, cujas informações foram obtidas no site oficial do STF.

legislação de competência da União. Uma segunda base de dados foi elaborada para identificar o especial interesse do governo em um determinado resultado – procedência ou improcedência – e verificar o voto individual de cada ministro participante do julgamento. Esta segunda base contou com 47 ações julgadas no STF entre 2001 e 2010, escolhidas pelo registro existente nas Atas de Julgamento de que o Advogado-Geral da União teria realizado sustentação oral. Tal informação serviu como *proxy* (substituto) para indicar um especial interesse do governo na questão em julgamento.

O estudo pretende verificar a validade empírica de três hipóteses sobre a relação entre cortes constitucionais e governos: 1) ministros nomeados por determinado presidente seriam levados a dar suporte ao primeiro e a se opor a políticas capitaneadas por um sucessor de outra corrente política; 2) independentemente de governo, cortes constitucionais teriam tendência a dar suporte às preferências da atual coalizão de governo; 3) a proposição de que cortes constitucionais se arriscam a contrariar governos quando estes passam por períodos de baixa aprovação popular, realizando um balanço tático.

Finalmente, como afirma Daniel Brinks na frase em epígrafe, se as cortes precisam ao menos *aparentar* neutralidade para obter credibilidade, é crível supor que os ministros decidem de forma criteriosa, de forma a balancear decisões favoráveis e desfavoráveis aos governos sem exercer oposição – ou apoio – de forma contínua. É o que se pretende demonstrar adiante.

4.2 MECANISMOS À PROVA NO CASO BRASILEIRO

4.2.1 O que julgam os ministros?

Os ministros do Supremo Tribunal Federal têm atribuições superlativas. O volume de processos ajuizados no tribunal no período analisado (1995-2010) superou 1,35 milhão de processos, o que equivale à média de mais de 80 mil processos por ano. O volume de processos julgados ultrapassou, no período, o volume de protocolados, como se vê na tabela abaixo:

Tabela 4.1: Volume de processos no STF de 1995 a 2010.

Ano	Processos Protocolados	Processos Distribuídos	Julgamentos
1.995	27.743	25.385	34.125
1.996	28.134	23.883	30.829
1.997	36.490	34.289	39.944
1.998	52.636	50.273	51.307
1.999	68.369	54.437	56.307
2.000	105.307	90.839	86.138
2.001	110.771	89.574	109.692
2.002	160.453	87.313	83.097
2.003	87.186	109.965	107.867
2.004	83.667	69.171	101.690
2.005	95.212	79.577	103.700
2.006	127.535	116.216	110.284
2.007	119.324	112.938	159.522
2.008	100.781	66.873	104.237
2.009	84.369	42.729	89.355
2.010	71.670	41.014	98.529
Totais	1.359.647	1.094.476	1.366.623

Fonte: elaboração própria a partir das informações extraídas do portal do STF.

É interessante observar que a coluna de processos distribuídos se manteve, em geral, com números mais baixos (em alguns anos, consideravelmente menores). Isto se dá pela existência de um mecanismo de seleção que recusa os processos com vícios de forma, sem os distribuir aos ministros. Assim, antes dos processos protocolados serem distribuídos a dez¹⁷⁹ ministros da Corte, eles passam por uma triagem a cargo da assessoria da presidência que realiza uma verificação prévia das condições formais de admissibilidade e serve de primeiro filtro para eliminar parte do volume processual.

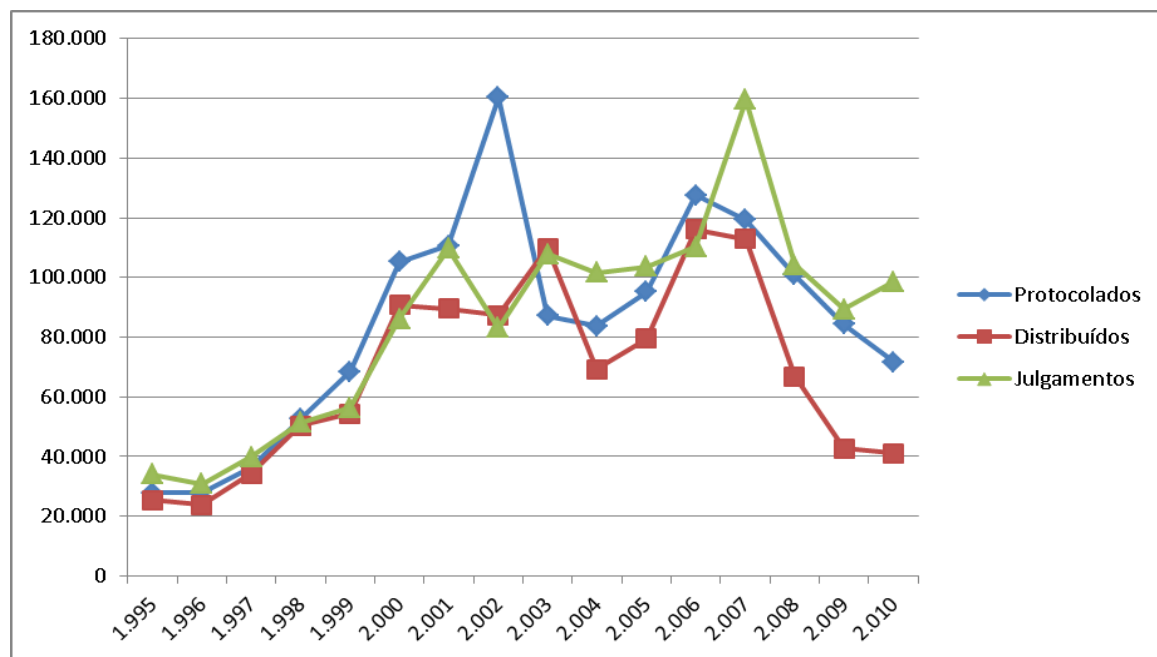
Ainda, a terceira coluna – dos processos efetivamente julgados – indica que o fluxo de trabalho na Corte não é linear. É possível perceber que há um descompasso entre o volume de processos ajuizados e o de processos julgados, sendo que há anos com o crescimento do volume de casos aguardando julgamento

¹⁷⁹ Os processos são distribuídos apenas entre 10 ministros, eis que o Ministro Presidente não recebe distribuição. Cumpre à presidência obstar o recebimento de recursos, conforme art. 13, V, "c"; 327, *caput*; e 328, parágrafo único, do RISTF.

(como em 2002, quando o “estoque” de processos aumentou em praticamente 80 mil processos) e períodos de alta produtividade, com um maior número de julgamentos do que de processos protocolados (e.g.: 2007).

Esta grande variação no fluxo de trabalho da Corte pode ser mais bem visualizada no gráfico abaixo:

Gráfico 4.1: Volume de processos protocolados, distribuídos e julgados no STF de 1995 a 2010.



Fonte: elaboração própria a partir das informações extraídas do portal do STF.

A relação assíncrona entre ajuizamentos e julgamentos expõe que o tempo para que a Corte decida não é previamente definido¹⁸⁰, o que torna especialmente custoso verificar empiricamente se o interesse do governo sobre a matéria em julgamento ainda se manteria o mesmo ao tempo da decisão.¹⁸¹

Ao longo da série pesquisada, cada um dos ministros do STF recebeu em média mais de seis mil processos por ano, volume que demandou a elaboração de praticamente vinte decisões diárias, apenas para atender o volume de ações ajuizadas.

¹⁸⁰ Diferentemente de outras cortes constitucionais em que há prazos, tanto para o ajuizamento quanto para a decisão sobre processos de inconstitucionalidade (ver TOMIO *et. al*, 2014).

¹⁸¹ Tome-se de exemplo a ação de controle abstrato de constitucionalidade mais antiga ainda em curso, a ADI 517. A ação, que versa sobre as atribuições dos juízes de paz, foi distribuída em 1991 e, até a data de finalização desta pesquisa (julho/2016), ainda estava pendente de julgamento.

Muitos autores¹⁸² consideram que este é um dos maiores desafios do STF, pois ao lidar com um volume processual que afoga os ministros e suas equipes, o julgamento de casos difíceis e controvertidos estaria sendo relegado inevitavelmente a segundo plano. Dentre as principais causas para este monstruoso volume de processos recebidos pelo STF, está o amplíssimo rol de atribuições da Corte. Uma simples visita ao portal eletrônico do STF já indica a existência de quarenta e duas¹⁸³ classes processuais diferentes.

Como afirma Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 448), o STF reúne características de três tribunais em uma única estrutura. Além de Corte recursal (recebendo Recursos Extraordinários, Reclamações e Agravos de Instrumento), funciona como Corte penal (recebendo ações de competência originária em primeira e única instância de julgamento no caso do foro por prerrogativa de função) e como Corte constitucional, exercendo o controle de constitucionalidade também pela via abstrata (ADIs, ADOs, ADPFs e ADCs).

Navegar neste mar de processos não é tarefa fácil, entretanto, há algumas atenuantes que facilitaram a presente pesquisa.

A maioria expressiva¹⁸⁴ das decisões prolatadas pelo STF é proferida em sede recursal (Recurso Extraordinário e Agravo de Instrumento) e, portanto, não foi objeto de nossas análises. Assim, os dados a seguir serão elaborados tendo como base apenas as ações de controle abstrato¹⁸⁵ de constitucionalidade que equivalem a apenas 3.304 processos no período (1995-2010).

¹⁸² Sobre as críticas ao volume de processos recebidos pelo STF, ver entre outros VIEIRA, 2008; BARROSO, 2010; MENDES, 2010b e RODRIGUEZ, 2013.

¹⁸³ Além das ações de controle abstrato de constitucionalidade (Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF), também tramitam no STF inúmeros recursos (Agravo de Instrumento, Reclamação, e Recurso Extraordinário) e ações de competência originária do tribunal (Ação Penal, Ação Rescisória, Intervenção Federal), bem como remédios constitucionais (Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção).

¹⁸⁴ Retomando o que já foi dito anteriormente (ver p. 26), entre 1988 a 2008, o STF recebeu mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento. Estas classes de ações representam 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelos onze ministros. (VIEIRA, 2008, p. 449).

¹⁸⁵ Ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs e por omissão, ADOs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Ainda, destes processos de controle abstrato de constitucionalidade, praticamente dois terços tratam de legislação estadual. Como já demonstraram empiricamente diversas pesquisas (CARVALHO, 2004; TOMIO e ROBL, 2013, CAMARGO, 2014), a maior taxa de procedência nas ações de controle abstrato de constitucionalidade ocorre justamente nestas ações em que o STF arbitra conflitos federativos, atuando como um mecanismo de centralização e controle dos Estados da Federação.¹⁸⁶ Estas ações não compõem o objeto do presente estudo.

Assim, dentro do universo de processos que tramitam no STF, nosso escopo limitou-se às 990 ações de controle abstrato de constitucionalidade julgados pelo STF entre 1995 e 2010 que impugnaram legislação ou atos da Administração Pública Federal.

4.2.2 Bases de dados

Antes de apresentar os resultados, cumpre primeiramente detalhar como foram compostas as duas bases de dados utilizadas nos testes empíricos.

A primeira foi construída a partir das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas (em sede de liminar ou de forma definitiva) pelo STF no período compreendido entre os governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), selecionando decisões relacionadas à legislação de competência da União. A base utilizada teve como fonte primária os dados organizados por participantes do Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) sobre 5.082 ações de controle abstrato de constitucionalidade ajuizadas na Corte de 1988 a 2013, informações extraídas laboriosamente uma a uma das disponíveis no site oficial do STF.

Com esta base¹⁸⁷ pôde-se realizar vários testes sobre a proporção de ações procedentes, no STF, ao longo do exercício de dois governos de grupos políticos distintos (presidentes FHC e Lula) com dois mandatos cada (totalizando 8 anos de cada grupo político, 16 anos no total).

¹⁸⁶ Para um panorama dos efeitos do controle de constitucionalidade também na esfera municipal, ver TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2015.

¹⁸⁷ O descritivo dos campos da base de dados e de sua formulação está em anexo, bem como o *link* com acesso direto à própria base (formato .csv).

A segunda base de dados, muito menor, foi composta de 47 ações que tiveram sustentação oral por parte do Advogado Geral da União no plenário do STF entre¹⁸⁸ janeiro de 2001 e dezembro de 2010. Nela foram incluídas as informações sobre o voto de cada ministro, pela procedência ou improcedência de cada ação. Em casos de procedência parcial, aferiu-se o impacto jurídico da parcial procedência, atribuindo-lhe o grau de impacto em máximo ou mínimo. Também foram anotadas as posições defendidas pelo governo (*via* sustentação oral do AGU).

Desta forma, pode-se mensurar o resultado de decisões do STF em ações de especial interesse para os governos, adotando um marcador (*proxy*) para identificar qual é o interesse sinalizado aos ministros e qual a posição tomada – se contrária ou favorável ao interesse sinalizado –, individualmente, por cada um dos magistrados.

4.2.3 Ações julgadas no mérito e não-conhecidas: problemas empíricos

Dados de Veríssimo (2008) indicam que, das ações decididas no mérito em ações de controle abstrato de constitucionalidade, a maior parte (66,46%) foi julgada procedente:

Entre as Ações Direitas (*sic*) de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46% foram julgadas procedentes. Das restantes, 16,97% foram julgadas parcialmente procedentes e apenas 16,57% foram julgadas totalmente improcedentes. Em relação aos pedidos de liminar em ADI julgados pelo mérito (442), o mesmo ocorre. Em 55,43% dos casos a liminar requerida foi deferida integralmente. Em 16,06% dos casos foi deferida em parte e apenas em 28,51% dos casos foi totalmente indeferida (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Embora a proporção possa causar espanto, há alguns detalhes que precisam ser observados: note-se que a mensuração feita por Veríssimo leva em conta as Ações Diretas de Inconstitucionalidade “**julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações)**”. Ora, estas 978 ações correspondem a menos de um quarto do volume global de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas 1988 e 2008 (4.181

¹⁸⁸ Não foi possível obter dados sobre as sustentações orais do Advogado-Geral da União antes do ano de 2001. De acordo com informações do setor de pesquisas de jurisprudência do STF, as atas de julgamento do plenário somente passaram a registrar tal ocorrência a partir de 2001. Na Advocacia-Geral da União o registro sistematizado das sustentações orais realizadas no STF inicia-se apenas em 2007. Assim, infelizmente a base carece de informações para os processos julgados entre 1995 e 2001.

ações). Logo, via de consequência, o tribunal **decide no mérito apenas 25%** das ações.

Portanto, os 66,46% de procedência equivalem a aproximadamente 16,61% do montante global de ADIs ajuizadas, um número menos representativo, sendo que a maioria das julgadas procedentes tratam de normas estaduais.¹⁸⁹ Ainda que se incluam na conta as decisões parcialmente procedentes, a proporção continuaria modesta (20,85% das ADIs **ajuizadas** são julgadas parcial ou integralmente procedentes).

O desafio que se impõe é compreender o que ocorre com o “estoque” de ações não julgadas. Grande parte delas é rejeitada sem ser conhecida (sem julgamento de mérito), por razões que normalmente envolvem questões processuais, como ilegitimidade ativa do requerente para ingressar no STF com a ação ou outras technicalidades do gênero.

Embora do ponto de vista da técnica jurídica tais ações não tenham recebido decisão substantiva – que possibilitaria mensurar a posição da Corte com relação ao conteúdo em litígio –, evitamos desconsiderar o montante de ações rejeitadas pela corte por argumentos estritamente processuais, eis que tal informação pode fornecer indicações sobre as ações que os ministros não desejam¹⁹⁰ julgar ou, dito de outro modo, caso viessem a julgar no mérito, teriam poucas chances de procedência.

Manuseando nossa primeira base de dados, foi possível se contrapor às posições recorrentes na literatura de que haveria mais ações procedentes do que improcedentes no controle abstrato de constitucionalidade (VERÍSSIMO, 2008; POGREBINSCHI, 2012). A alta taxa de procedência encontrada por esses autores é devida, principalmente¹⁹¹, à restrição de suas amostras aos processos julgados no mérito, excluídos os não conhecidos e os que ainda aguardam julgamento.

¹⁸⁹ Como já dito anteriormente (p. 45 e p. 154), praticamente dois terços das ações de controle abstrato de constitucionalidade têm como objeto normas estaduais. Nestas ações o STF atua como árbitro de conflitos federativos.

¹⁹⁰ Pressupõe-se aqui que a Corte detém um alto grau de discricionariedade para firmar suas posições sobre questões processuais como, por exemplo, a “legitimidade” ou não dos requerentes. Como já exposto anteriormente (ARGUELES, 2014), interpretações do próprio STF sobre o texto constitucional reduziram o alcance do rol de legitimados previsto no art. 102 da Constituição.

¹⁹¹ Além disso, quando se restringe a análise às ADIs que tiveram objeto apenas normas federais, a proporção de ações procedentes diminui ainda mais. Isto porque há alta taxa de sucesso de governadores e do PGR em ADIs contra Leis Estaduais que usurparam em alguma medida

As ações não-conhecidas nos parecem um dado relevante que não pode ser desconsiderado. Isto porque, que no modelo de análise do comportamento judicial que adotamos, os ministros podem agir estrategicamente e declarar vícios formais em ações que não desejam ter que julgar, ou ainda, facilitar a justificação de decisões que seriam de improcedência, sem precisar enfrentar o mérito das questões.

Dito de outro modo, ainda que não seja possível afirmar se as ações não-conhecidas obteriam ou não procedência no mérito, não é razoável desconsiderar este grande volume de ações. Parte-se do pressuposto que, se um ministro deseja dar procedência a uma determinada ação, há suficiente elasticidade nos requisitos formais de admissibilidade para que os critérios de conhecimento dos processos sejam adequados ao objetivo final do processo.

Sendo ainda mais explícito: assumimos que a decisão de conhecer ou não uma determinada ação não é completamente isolada do conteúdo de mérito da demanda. Essa afirmação pressupõe que os ministros agem estrategicamente, sendo possível supor que eles poderiam simplificar o trâmite – e o trabalho de fundamentação da decisão – das ações que não seriam procedentes ao simplesmente aplicar critérios rigorosos de admissibilidade e, assim, afastar a questão de seus julgamentos. Inclusive pode ser uma excelente estratégia para evitar desgastes com outros julgadores, quando se conhece as posições divergentes entre eles.

Além disso, consideramos que as **ações aguardando julgamento são equivalentes à improcedência**. Isto porque¹⁹² a ausência de julgamento mantém o *status quo* inalterado. Desta forma, e posto de outro modo, em uma Corte que decide o tempo de julgamento e na qual há processos julgados em semanas e

competências legislativas da União ou do Poder Executivo. Parte do "sucesso" dos governadores em suas ações no STF ocorre contra leis propostas por deputados estaduais que são de iniciativa exclusiva do Poder Executivo estadual. (TOMIO e ROBL, 2013).

¹⁹² Conforme Peter Bachrach e Morton Baratz (1963) e seu conceito de não-decisão. Os autores partem da premissa de que uma "não decisão" por anos ou décadas é uma decisão favorável aos grupos e atores que estão comprometidos com o *status quo*. Isto pode se tornar mais evidente quando a ação envolve a invalidação total ou parcial de uma lei. Os autores formularam esse conceito para compreender de forma mais precisa o processo legislativo norte-americano, em oposição às abordagens "pluralistas" e "elitistas", predominantes na Ciência Política norte-americana sobre o processo decisório nas décadas de 60 e 70. (BACHRACH e BARATZ, 1963).

outros em décadas, pode-se assumir que **não julgar também é uma decisão** de, ainda que temporariamente, não alterar o estado das coisas.

Assim, no cômputo das ações ajuizadas no STF, incluímos na coluna de julgamentos de improcedência as ações que estejam aguardando julgamento.¹⁹³ Na observação sobre o resultado decisório do STF, além de incluímos as ações aguardando julgamento na coluna das improcedências, também incluímos no cômputo das improcedentes as ações decididas **sem julgamento de mérito**. Isto porque tais decisões¹⁹⁴ tampouco alteram o *status quo* e podem ser interpretados dentro do mesmo conceito de não-decisão (BACHRACH e BARATZ, 1963).

Desta forma, incluímos as ações não conhecidas e as aguardando julgamento na coluna das ações improcedentes, resultando em proporção que nos parece mais representativa do efeito das decisões do STF no **universo de 1.302 ações ajuizadas entre 1995 e 2010**, conforme tabela abaixo:

Tabela 4.2: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, ajuizadas no STF entre jan. 1995 e dez. 2010.

Governo na época do ajuizamento	Improcedente	Procedente	Total
FHC (1995 a 2002)			
Aguardando Julgamento*	56		56 (8%)
Decisão Liminar	41	34	75 (10%)
Decisão Final	531	62	593 (82%)
Total	628 (87%)	96 (13%)	724 (100%)
LULA (2003 a 2010)			
Aguardando Julgamento*	260		260 (45%)
Decisão Liminar	6	16	22 (4%)
Decisão Final	264	32	296 (51%)
Total	530 (92%)	48 (8%)	578 (100%)

Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF.

* A tabela contém dados atualizados apenas até janeiro de 2014. As ações do período que porventura foram julgadas posteriormente não estão incluídas.

¹⁹³ Esta forma de classificação é adotada em diversas pesquisas empíricas sobre o STF (TOMIO e ROBL, 2013; CAMARGO, 2014; TOMIO, ROBL e KANAYAMA, 2015) e permite descrever melhor as relações entre as decisões da Corte e seus efeitos institucionais.

¹⁹⁴ Casos de extinção sem julgamento de mérito das ações de controle abstrato de constitucionalidade no STF são, por exemplo, relacionados a questões processuais, como ilegitimidade ativa do requerente para ingressar no STF ou ainda com a perda do objeto, comum quando há decurso do prazo de validade da Medida Provisória impugnada ou ainda por alteração legislativa superveniente que altera o ato impugnado.

Quando se volta o olhar apenas para as ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADIs, ADCs, ADOs e ADPFs) que impugnam normas federais, incluindo as ações não conhecidas (julgadas improcedentes sem julgamento de mérito), é possível encontrar um número praticamente 10 vezes maior de improcedência do que de procedência.

Observando-se desta forma, é possível perceber uma **taxa de procedência de ações de controle abstrato de constitucionalidade contra normas federais de 13% e 8% nas 1.302 ações ajuizadas** ao longo dos governos FHC e Lula, respectivamente.¹⁹⁵

Adiante, passamos a observar o quantitativo de processos por outro ângulo: o volume de **990 ações julgadas** no período de 1995 a 2010. Para possibilitar um maior controle sobre as decisões do STF, ano a ano, em relação aos governos determinados (de 1995 a 2010, ao longo dos mandatos presidenciais de FHC e Lula), o parâmetro das ações **julgadas** no período fornece mais exatidão¹⁹⁶ à análise que se propõe.

No gráfico abaixo foram retiradas¹⁹⁷ do montante as ações “aguardando julgamento”, para indicar apenas o volume de ações julgadas no STF entre jan. 1995 e dez. 2010 contra legislação ou atos da Administração Pública Federal, separados

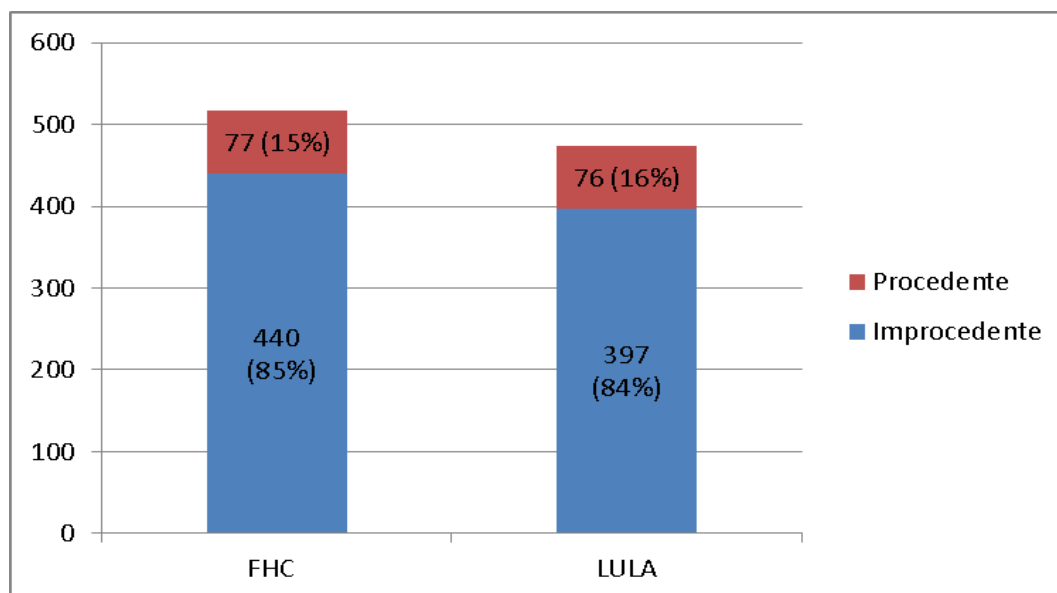
¹⁹⁵ Embora tais taxas sejam menores do que as mensuradas por Thamy Pogrebinski (2012) e Marcos Veríssimo (2008), faltam parâmetros teóricos que permitam afirmar categoricamente se indicam suporte ou oposição na relação entre o STF e os governos FHC e Lula. Neste aspecto, formularemos adiante um método indicativo de importância das ações para os governos – a existência de sustentação oral por parte do AGU –, de modo a qualificar os dados e tornar possíveis as conclusões nesta direção.

¹⁹⁶ Se utilizássemos o critério da data de ajuizamento das ações, poderíamos perder o sentido de estratégia que buscamos demonstrar com o alto grau de discricionariedade que os ministros do STF têm no controle da agenda de julgamentos. Ao utilizar como parâmetro o ano do protocolo da ação, não poderíamos mensurar casos protocoladas no início de um mandato e julgadas nos quatro ou oito anos seguintes, por exemplo.

¹⁹⁷ Com esse fio condutor de casos julgados anualmente, decidimos excluir as ações não julgadas dos dados seguintes. Isto porque sua inclusão acarretaria em um desequilíbrio nos anos finais, eis que o quantitativo de ações não julgadas se tornaria cumulativo, sendo “carregadas” de um ano ao outro enquanto não são julgadas. Uma forma de evitar esse efeito seria detalhar, entre as ações julgadas, o ano de seus ajuizamentos, para então deduzir o número do “estoque” de ações. Embora possível, a representação gráfica de tal detalhamento tornou demasiado complexa a compreensão das relações que se pretende demonstrar. Embora se possa afirmar que algumas ações são de fato julgadas dentro de um ano de seu ajuizamento, outras passam para o ‘estoque’ de processos a ser julgado mais adiante – sendo que com os dados coletados não se tem uma clara distinção entre as ações julgadas e aquelas que compuseram o estoque.

por períodos correspondentes aos dois mandatos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e dois mandatos do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010):

Gráfico 4.2: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, julgadas no STF entre 1995 e 2010.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF.

Nesta ótica, a **taxa de procedência de ações de controle abstrato de constitucionalidade contra normas federais nas 990 ações julgadas** ao longo dos governos FHC e Lula foi de 15% e 16%, respectivamente.

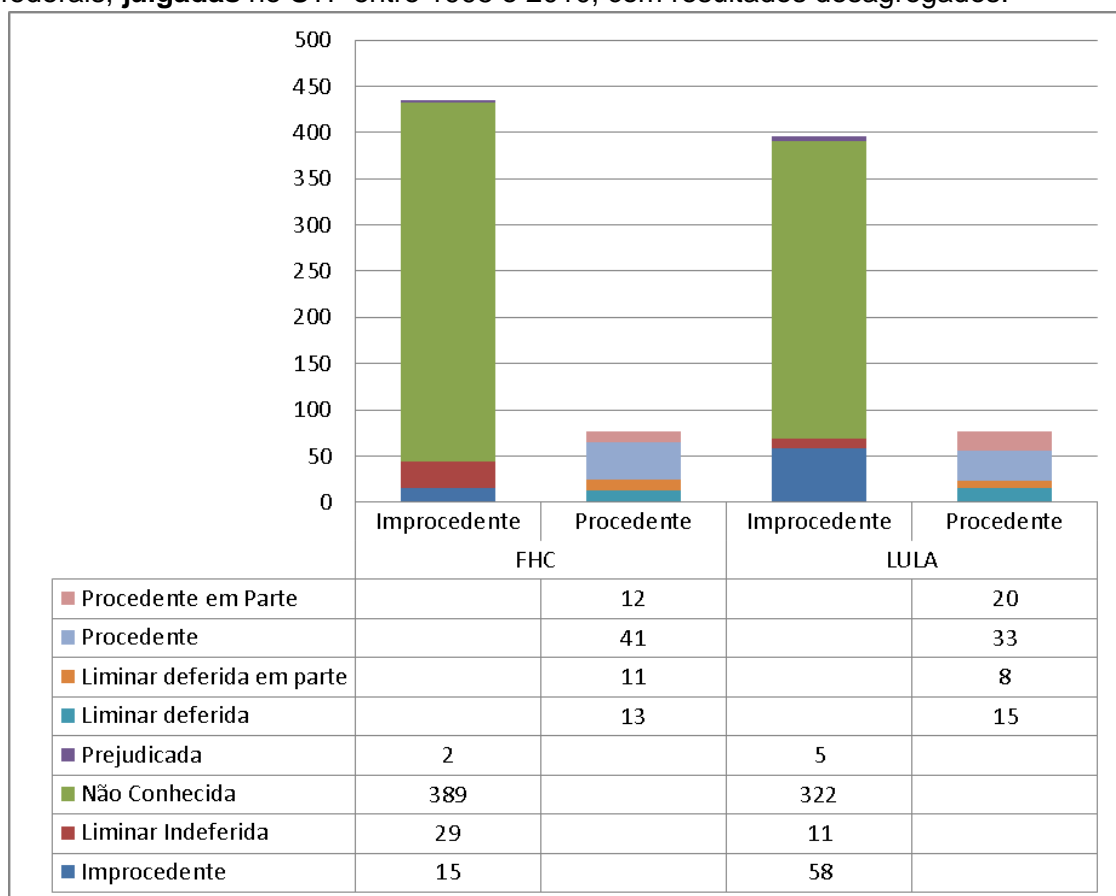
O montante de ações de controle abstrato de constitucionalidade versando sobre legislação federal julgado de 1995 a 2002 (517 ações) não foi muito distante do volume de 2003 a 2010 (473 ações). Da mesma forma, igualmente mantiveram-se semelhantes as proporções de julgamentos procedentes (15% e 16%).

À primeira vista¹⁹⁸, estes dados demonstrariam que o STF atuaria muito pouco para invalidar legislação federal, evitando contrariar interesses do governo.

No gráfico a seguir foram detalhados os tipos de decisão do período e seu quantitativo para a classificação em procedente ou improcedente:

¹⁹⁸ Novamente, cumpre destacar que parâmetros que permitam afirmar categoricamente o suporte ou oposição na relação entre o STF e os governos FHC e Lula serão desenvolvidos adiante.

Gráfico 4.3: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, **judgadas** no STF entre 1995 e 2010, com resultados desagregados.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF.

Entretanto, nesse universo de 990 ações julgadas entre 1995 e 2010, há demandas que não impactam de forma significativa os interesses do governo.

Portanto, foi necessário reduzir a base de dados para identificar as ações que tiveram particular interesse político, no momento em que foram julgadas.

4.2.4 As ações de “interesse” do governo

Os governos não costumam comentar publicamente quais ações em curso no STF lhes são prioritárias, ou sobre as quais têm especial interesse pela procedência ou improcedência.

Embora fosse possível, a partir do conteúdo dos pedidos de cada ação proposta no STF, especular sobre os potenciais impactos políticos, fiscais, sociais ou estratégicos que um determinado processo pudesse vir a ter sobre determinado governo, tal análise feita por um observador externo seria fadada ao insucesso. No

mundo político-partidário, a dinâmica das intencionalidades de cada ator para alcançar seus objetivos pressupõe uma assimetria de informações, de modo que as estratégias no ambiente político são dificilmente identificáveis por atores que não participam das interações políticas. Assim, caso empreendêssemos uma seleção das “ações prioritárias” ou “mais importantes” para o governo, correríamos alto risco de, no mínimo, desinformados – para não dizer, completamente equivocados.

Desta forma, não sendo possível medir de forma direta o interesse do governo em ações no STF, a solução foi obter tal informação pela via indireta de uma variável *proxy*.¹⁹⁹

Com esse intuito, utilizamos a realização de sustentação oral no STF, por parte do Advogado-Geral da União (AGU), como marcador do interesse especial do governo nas matérias em pauta no Supremo. A premissa que sustenta sua validade é a de que, se governos mobilizam recursos – por meio do Advogado-Geral da União – e engendram esforços para influir em determinados julgamentos do STF, devem ter algum interesse especial na causa.

Esse *proxy* pareceu útil e promissor pois, a um só tempo, reduziu drasticamente o número de processos relevantes para a análise e também permitiu aferir qual a decisão pretendida pelo governo por meio da manifestação do AGU.

Com auxílio²⁰⁰ da Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF, nos casos julgados entre 1995 e 2010 buscou-se identificar aqueles que continham em seu extrato de ata a informação acerca da sustentação oral da AGU. Entretanto, curiosamente a pesquisa não resultou em nenhum caso anterior a 2001. Questionando novamente o STF a respeito, obtivemos como resposta que no período anterior a 2001 não havia o registro das sustentações orais realizadas pelo Advogado-Geral da União. Foram tentadas ainda buscas nominais pelo Advogado-

¹⁹⁹ Variáveis *proxy* são usualmente utilizadas como substitutas para informações que, por diversas razões, não estão suficientemente acessíveis ao pesquisador. Como exemplo, é prática comum em pesquisas de opinião (*surveys*) o uso da informação sobre a escolaridade do entrevistado para estimar sua renda individual. Como parte dos entrevistados habitualmente se recusa a fornecer detalhes sobre seus rendimentos (sem contar aqueles que falseiam deliberadamente as informações fornecidas), o grau de escolaridade é utilizado como *proxy*, eis que, em média, maiores escolaridades garantem maiores rendas.

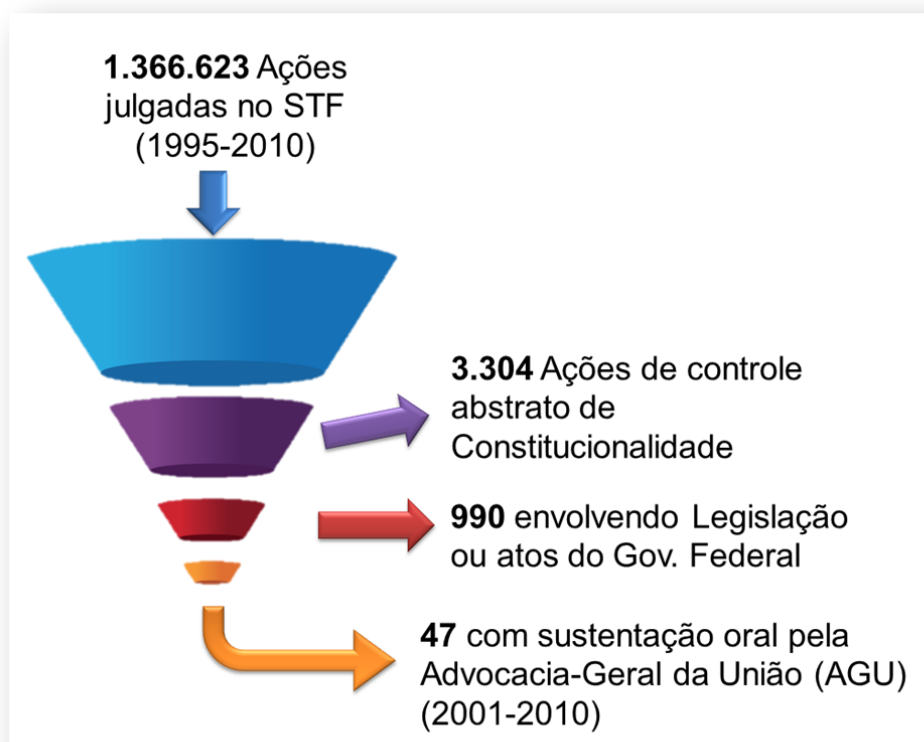
²⁰⁰ Agradecemos à servidora do STF Amanda Carvalho Luz Marra Ferreira pela gentileza do auxílio na pesquisa.

Geral da União à época (Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, AGU de 1993 a 2000), sem êxito.

Assim, elaborou-se uma segunda base de dados, composta de 47 ações que tiveram sustentação oral por parte do Advogado-Geral da União no plenário do STF entre janeiro de 2001 e dezembro de 2010.

Para permitir visualizar a dimensão de como foi composta a amostra e do que ela representa do total de ações julgadas no STF, elaborou-se a ilustração abaixo:

Figura 4.1: Formação da segunda base de dados, ações julgadas pelo STF entre 1995 e 2010.



Fontes: Elaboração própria a partir de informações do portal STF, dos dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) e das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Eis abaixo a listagem completa das 47 ações de controle abstrato no STF que tiveram sustentação oral do AGU, identificando o interesse do governo (procedência ou improcedência) e o voto de cada ministro que participou do julgamento:

Tabela 4.3: Ações de controle abstrato de inconstitucionalidade contra atos legislativos federais, julgadas no STF entre 2001 e 2010 que tiveram sustentação oral do AGU.

TIPO	N.	Governo à época da decisão	Tipo de interesse	Resultado no STF	Grau de parcial	Decisão STF x Interesse governo	DATA JULG	Matéria
ADI MC	2251	FHC	improc	procedência parcial	MÁXIMO	contra	15/03/2001	MP 1984-19 e 2048-27 servidores
ADI MC	2213	FHC	improc	improcedente		favorável	04/04/2002	MP - controle jurisdicional de seus requisitos e violações possessórias
ADI MC	2556	FHC	improc	procedência parcial	MÁXIMO	contra	09/10/2002	Tributário - LC 110 2001 contribuições
ADI MC	2223	FHC	improc	procedente		contra	10/10/2002	EC 13/1996 seguros - monopólio do IRB resseguros
ADI	2626	FHC	improc	improcedente		favorável	18/04/2004	Instrução TST – Coligações
ADI	3068	LULA	improc	improcedente		favorável	25/08/2004	LEI para contratação sem concurso - CADE
ADI MC	3352	LULA	improc	improcedente		favorável	02/12/2004	MP sobre mineração terras indígenas
ADI	3334	LULA	improc	procedência parcial	MÁXIMO	contra	16/12/2004	LEI 9536/97 sobre transferência alunos universitários entre faculdades públicas e privadas
ADI	3273	LULA	improc	improcedente		favorável	16/03/2005	LEI 9498/97 exploração petróleo
ADI	3367	LULA	improc	improcedente		favorável	13/04/2005	EC 45/2004 CNJ natureza exclusivamente administrativa
ADI	3289	LULA	improc	improcedente		favorável	05/05/2005	MP 207/1994 status de ministro ao presidente do BC
ADI MC	3540	LULA	improc	improcedente		favorável	01/09/2005	MP 2166-67/2001 altera código Florestal - liminar derrubada
ADI MC	3578	LULA	improc	procedência parcial	MÍNIMO	favorável	14/09/2005	MP 2192-70/2001 privatização de bancos estaduais
ADI	3340	LULA	improc	improcedente		favorável	03/11/2005	Dec. 4346/2002 regulamento disciplinar do Exército
ADI	3573	LULA	improc	improcedente		favorável	01/12/2005	Dec. Leg. 788/2005 aprova Hidrelétrica no Rio Xingu (Belo Monte)
ADI	3685	LULA	improc	procedência parcial	MÍNIMO	favorável	22/03/2006	EC 52/2006 coligações partidárias
ADI MC	3090	LULA	improc	improcedente		favorável	11/10/2006	MP 144/2003 comercialização energia elétrica
ADI	3453	LULA	improc	procedente		contra	30/11/2006	LEI 11033/2004 precatórios

ADI	3112	LULA	improc	procedência parcial	MÍNIMO	favorável	02/05/2007	LEI 10.826/2003 estatuto do desarmamento
ADI	2395	LULA	improc	improcedente		favorável	09/05/2007	EC 15/1996 criação de municípios
ADI	3599	LULA	proc	improcedente		contra	21/05/2007	Vício de iniciativa de lei sobre aumento de remuneração dos servidores Câmara e Senado
ADI MC	2135	LULA	proc	procedência parcial	MÁXIMO	favorável	02/08/2007	EC 19/98 regime jurídico único servidores Públicos
ADI MC	2527	LULA	improc	procedência parcial	MÍNIMO	favorável	16/08/2007	MP 2226/2001 sobre recursos ao TST
ADI	1863	LULA	improc	improcedente		favorável	06/09/2007	LEI 9472/97 privatização de empresa de telecomunicações
ADI	3768	LULA	improc	improcedente		favorável	19/09/2007	LEI 10741/2003 est. idoso - gratuidade ônibus
ADI	3104	LULA	improc	improcedente		favorável	26/09/2007	EC 41/2003 e 47/2005 - aposentadoria
ADI MC	3964	LULA	improc	procedente		contra	12/12/2007	MP 394/2007 - SINARM sobre armas de fogo
ADI	2649	LULA	improc	improcedente		favorável	08/05/2008	LEI 8899/1994 passe livre para transporte de pessoas com deficiência
ADI MC	4048	LULA	improc	procedente		contra	14/05/2008	MP 405/2007 orçamentário – crédito extraordinário
ADI	3510	LULA	improc	improcedente		favorável	29/05/2008	LEI 11105/2005 biossegurança - células tronco
ADPF	144	LULA	improc	improcedente		favorável	06/08/2008	SUM 01 TSE sobre inelegibilidade após condenação
ADC MC	18	LULA	proc	procedente		favorável	13/08/2008	Suspender julgamentos que aplicam LEI 9718/98 tributário base cálculo PIS PASEP - exclusão valor ICMS
ADI	3772	LULA	improc	procedência parcial	MÁXIMO	contra	29/10/2008	LEI 11301/2006 aposentadoria especial para diretores de escolas
ADI	3999	LULA	improc	improcedente		favorável	12/11/2008	Resoluções TSE 22610/2007 e 22733/2008 - fidelidade partidária deveria ser julgada no 1o. Grau eleitoral, não nos TRES e TSE
ADI MC	4167	LULA	improc	procedência parcial	MÍNIMO	favorável	17/12/2008	LEI 11738/2008 piso nacional professores
ADI	3934	LULA	improc	improcedente		favorável	27/05/2009	LEI 11101/2005 recuperação judicial da antiga VARIG e sentenças trabalhistas
ADPF MC	172	LULA	improc	improcedente		favorável	10/06/2009	Decisão de juízo do Rio - família, divórcio, crianças
ADPF	101	LULA	proc	procedência parcial	MÁXIMO	favorável	24/06/2009	Importação de pneus usados

ADPF	46	LULA	improc	improcedente	favorável	05/08/2009	LEI 6538/78 monopólio postal
ADPF MC	167	LULA	improc	improcedente	favorável	01/10/2009	Atos do TSE - competência para examinar recursos contra diplomação
ADI	875, 1987 e 2727	LULA	improc	procedente	contra	24/02/2010	Fundo participação Estados - FPE art. 161, II CFRN) Lei compl. 62/1989 e LEI 9868/99
ADI	1933	LULA	improc	improcedente	favorável	14/04/2010	LEI 9703/98 depósitos judiciais sobre tributos
ADPF	153	LULA	improc	improcedente	favorável	29/04/2010	LEI 6683/79 LEI DE ANISTIA - revisão
ADI	3944	LULA	improc	improcedente	favorável	05/08/2010	DEC 5820/2006 TV Digital e novas concessões de frequência
ADI	4033	LULA	improc	improcedente	favorável	15/09/2010	LEI COMP. 123/2006 benefício tributário para microempresas
ADC	16	LULA	improc	procedente	contra	24/11/2010	LEI 8666/1993 art. 71 responsabilidade subsidiária de ente público
ADI MC	2356	LULA	improc	procedente	contra	25/11/2010	EC 30/2000 parcelamento de precatórios

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Com esta pequena amostra, foi possível aprofundar seus conteúdos e nuances, verificando qual a posição defendida pelo Advogado-Geral da União e aferir se o resultado do julgamento foi favorável ou contrário ao interesse manifestado pelo governo por meio do AGU.

As ações deixaram de ser classificadas entre procedentes, parcialmente procedentes e improcedentes, para serem agrupadas em **contrárias** ou **favoráveis** aos interesses dos governos.

De acordo com a tabela abaixo, observando a última coluna, pode-se perceber que o STF apoiou de forma consistente os interesses do governo, sendo-lhe favorável na maioria dos casos do período (34 das 47 ações):

Tabela 4.4: Ações levadas a julgamento no STF entre 2001 e 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por julgamento favorável ou contrário ao governo.

Resultado	2001	2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
FHC	1	4								5 (100%)
Favorável		2								2 (40%)
Contra	1	2								3 (60%)
LULA			3	7	3	9	8	5	7	42 (100%)
Favorável			2	7	2	6	6	5	4	32 (76%)
Contra*			1		1	3	2		3	10 (24%)

* Foram identificadas pelo menos 5 ações nas quais o interesse do governo seria o da sua **procedência**, seja porque haviam sido movidas pela própria presidência da república (ADI 3599, ADC 18 e ADPF 101), seja porque ajuizadas em consonância com pautas do Partido dos Trabalhadores (ADI 2135, sobre regime jurídico único para servidores públicos e ADI 1863, sobre privatização de empresa pública de telefonia).

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Infelizmente, para o período dos governos FHC, a amostra é pequena demais para ter relevância explicativa (apenas 5 casos). Não obstante, para o período dos governos Lula (de 2003 a 2010), parece possível indicar que o STF decidiu de forma favorável ao governo (explicitada aos ministros via sustentação-oral do AGU) em três-quartos dos casos que este considerou de especial relevância.

4.2.5 Premissas e hipóteses

Munido destas duas bases de dados, foi possível verificar a validade empírica de três hipóteses existentes na literatura sobre a relação entre cortes constitucionais e governos, adaptando-as ao estudo do STF: 1) ministros nomeados por

determinado presidente seriam levados a dar suporte ao primeiro e a se opor a políticas capitaneadas por um sucessor de outra corrente política (DAHL, 1957); 2) independentemente de governo, cortes constitucionais teriam tendência a dar suporte às preferências da atual coalizão de governo (WHITTINGTON, 2005); 3) a proposição de que cortes constitucionais se arriscam a contrariar governos quando estes passam por períodos de baixa aprovação popular, realizando um balanço tático (KAPISZEWSKI, 2011).

Adiante as hipóteses são reformuladas e testadas, precedidas das respectivas premissas teóricas que lhes dá suporte.

Premissa 1: Estudos atitudinais²⁰¹ indicam que ministros de cortes constitucionais costumam implementar suas preferências pessoais sem maiores constrangimentos. Para o Brasil, há enormes dificuldades em classificar os ministros de acordo com suas orientações políticas. Entretanto, assumindo-se que os Presidentes da República (e lideranças das coalizões de governo) maximizam suas chances de colocar ministros com ideias mais parecidas com as suas, poderíamos separar os ministros a partir dos presidentes que os nomearam no período pesquisado (FHC x Lula).

Assim, testamos a proposição sobre o suporte político de cortes constitucionais (DAHL, 1957; WHITTINGTON, 2005) e, em especial, sobre o suporte do STF aos governos no Brasil (TAYLOR, 2008; BRINKS, 2011), onde a Corte levaria em consideração – de modo estratégico – o interesse do governo em exercício no momento da decisão, independentemente de qual tenha sido a origem política da indicação dos ministros integrantes do tribunal. As variáveis explicativas (independentes) dessa proposição são: a) titular do Poder Executivo (*proxy* para o grupo político no governo); b) origem/época das nomeações dos ministros para o STF; c) posição do governo sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei. A variável dependente é o resultado das decisões em controle concentrado/abstrato.

A hipótese pode ser formulada do seguinte modo:

²⁰¹ Ver o capítulo 2.1 sobre o modelo atitudinal de comportamento judicial e, em especial, Segal e Spaeth (2002).

- **H1:** A probabilidade de um ministro do STF votar **contra** a legislação aprovada pela coalizão (governo/maioria parlamentar) via controle abstrato declina quando foi indicado por esta coalizão;

Como a hipótese busca testar a relação de suporte (ou fidelidade) dos ministros com relação aos interesses dos governos nos quais foram indicados e nomeados, é possível subdividi-la para observar também, em sentido contrário, se ministros nomeados por governos anteriores tendem a se posicionar contrariamente aos interesses dos governos subsequentes ao da sua nomeação. Assim, desdobramos H1 em duas hipóteses complementares:

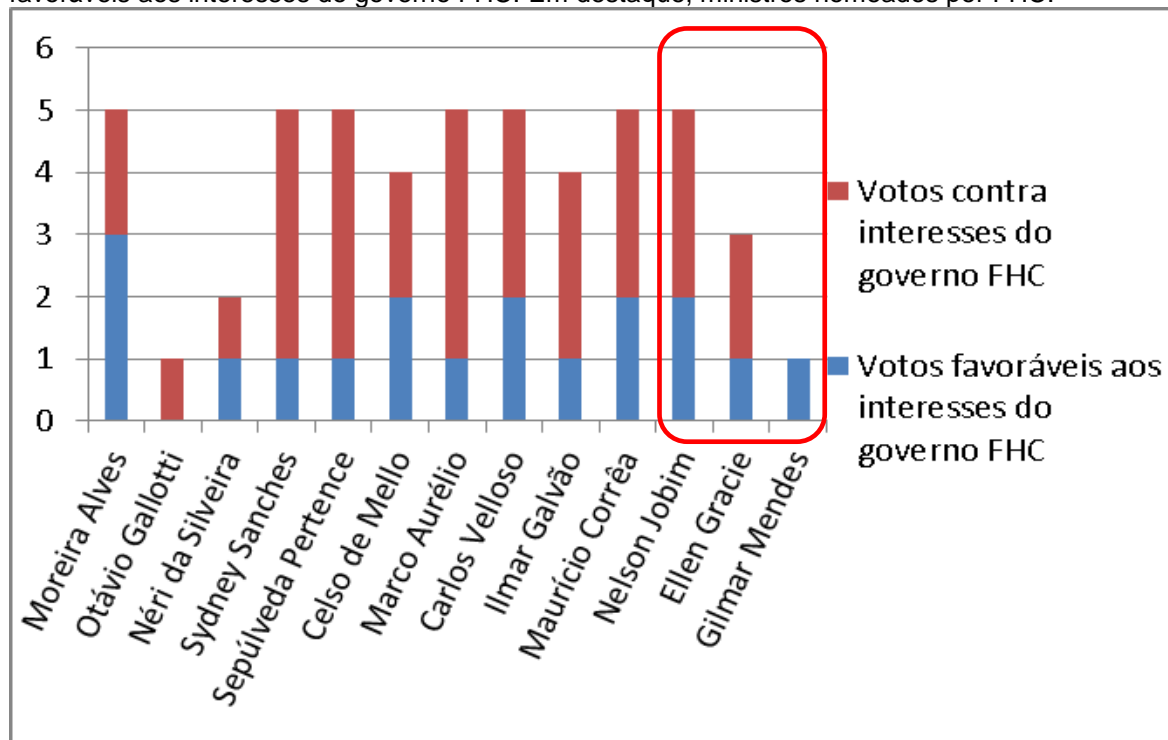
- **H1a:** Ministros tendem a se posicionar **consistentemente a favor** dos interesses do presidente que os nomeou.
- **H1b:** Ministros nomeados por presidente anterior tendem a se posicionar **consistentemente contra** os interesses de governos seguintes.

Primeiramente, cumpre ordenar cada ministro a partir do governo que promoveu sua nomeação:

Foram nomeados ao STF nos dois mandatos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) os ministros Nelson Jobim (1997), Ellen Gracie (2000) e Gilmar Mendes (2002). Já ao longo dos dois mandatos do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010) foram nomeados oito novos ministros ao STF: Carlos Ayres Britto (2003), Cezar Peluso (2003), Joaquim Barbosa (2003), Eros Grau (2004), Carmen Lúcia (2006); Ricardo Lewandowski (2006), Menezes Direito (2007) e Dias Toffoli (2009, seguido ao falecimento de Menezes Direito).

Os dois gráficos abaixo registram o voto de cada ministro nas ações da base de dados 2, indicando sua posição com relação aos interesses dos governos FHC e Lula pelo número de vezes em que seu voto foi contrário ou a favor aos interesses manifestados pelo Advogado-Geral da União em sua sustentação oral.

Gráfico 4.4: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2001 e dez. 2002 que tiveram sustentação oral pelo AGU (n=5), classificadas por contrárias ou favoráveis aos interesses do governo FHC. Em destaque, ministros nomeados por FHC.



Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

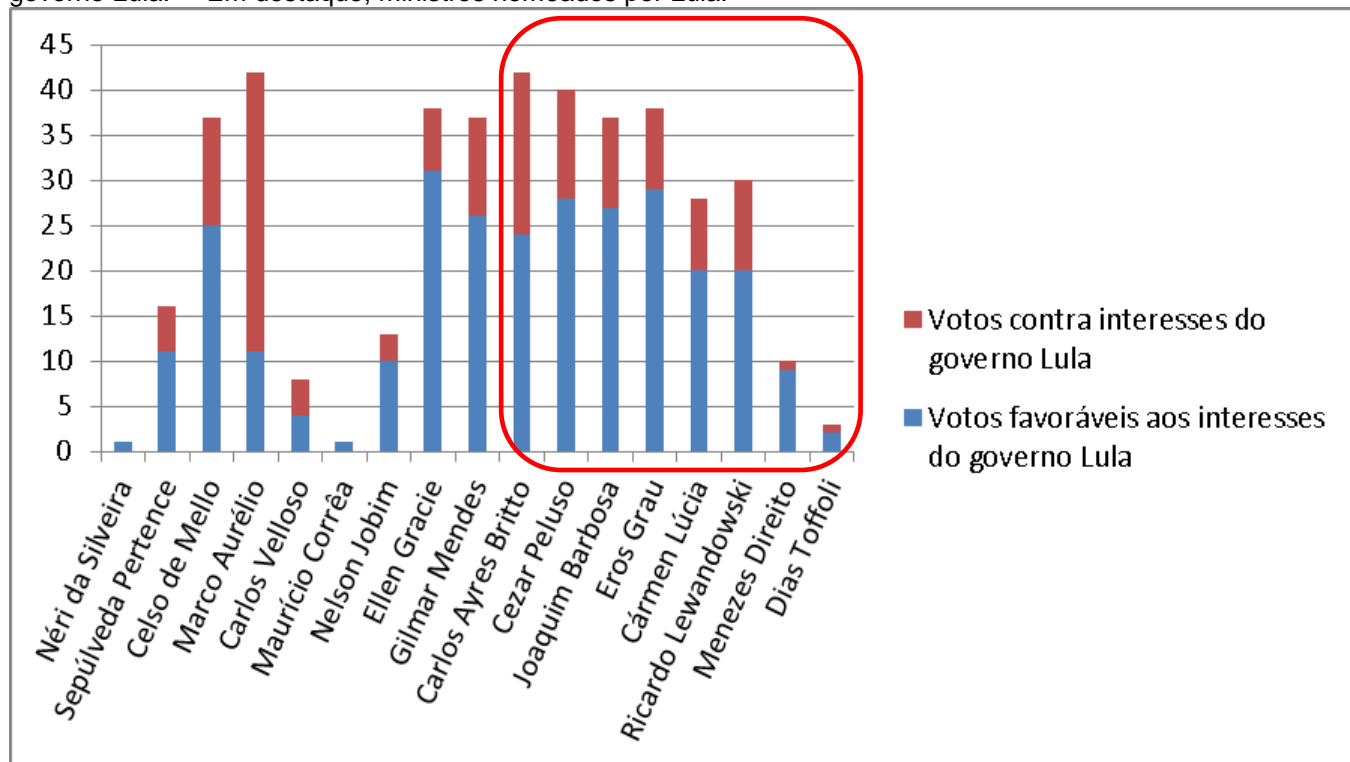
A despeito da pequena amostragem, com apenas cinco ações em que se obteve a informação sobre a existência de sustentação oral por parte do Advogado-Geral da União, já se pode observar um equilíbrio entre a posição dos ministros nomeados pelo ex-presidente FHC e aqueles que já compunham a corte nomeados por governos anteriores. Desconsiderando-se os votos dos ministros Otávio Gallotti e Gilmar Mendes – eis que participaram de apenas um julgamento na amostra selecionada –, todos os demais ministros votaram em algum momento de forma contrária aos interesses do governo, incluindo os ministros Nelson Jobim e Ellen Gracie, nomeados nos governos FHC.

Desta forma, não parece ser possível confirmar a hipótese H1a, de que os Ministros tenderiam a se posicionar consistentemente a favor dos interesses do presidente que os nomeou ao cargo.

Da mesma forma, a hipótese H1b também não aparenta ser consistente, pois os ministros nomeados por FHC ou ainda por presidentes anteriores não foram,

nestes julgamentos, consistentemente contrários aos interesses do presidente Lula, como demonstrado mais claramente no gráfico abaixo:

Gráfico 4.5: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre 2003 e 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU (n=41), classificadas por contra ou favoráveis aos interesses do governo Lula.²⁰² Em destaque, ministros nomeados por Lula.



Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Adiante, os dados constantes nos gráficos foram organizados em tabelas para incluir os percentuais de votos favoráveis e contrários de cada ministro.

As tabelas incluem também uma coluna com as médias dos votos favoráveis separadas em dois grupos de ministros, aqueles nomeados por governos anteriores e aqueles nomeados pelo governo em exercício no momento do julgamento.

Comparando-se a média geral com as médias de cada grupo, será possível verificar se há diferenças no comportamento de ministros nomeados ou não pelos governos FHC e Lula.

²⁰² Apesar do min. Néri da Silveira ter deixado o STF em 2002 (em seu lugar o presidente à época (FHC) nomeou o ministro Gilmar Mendes, então Advogado-Geral da União), um de seus votos compôs acórdão de questão relevante para o governo Lula, deferindo a Medida Cautelar na ADI 2135 movida, dentre outros, pelo Partido dos Trabalhadores.

Tabela 4.5: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2001 e dez. 2002 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por contrárias ou favoráveis ao interesse dos governos FHC.

dos governos FHC.

Ministro	Presidente que o nomeou para o STF	Votos com relação aos interesses dos governos FHC				Total de julgamentos em que participou	Média de votos favoráveis por grupo de ministros
		Favoráveis		Contrários			
Moreira Alves	Geisel	3	60%	2	40%	5	33% [34%]*
Otávio Gallotti	Figueiredo	0	0%	1	100%	1	
Néri da Silveira	Figueiredo	1	50%	1	50%	2	
Sydney Sanches	Figueiredo	1	20%	4	80%	5	
Sepúlveda Pertence	Sarney	1	20%	4	80%	5	
Celso de Mello	Sarney	2	50%	2	50%	4	
Marco Aurélio	Collor	1	20%	4	80%	5	
Carlos Velloso	Collor	2	40%	3	60%	5	
Ilmar Galvão	Collor	1	20%	3	80%	4	
Francisco Rezek	Collor	0	0%	0	100%	0	
Maurício Corrêa	Itamar	2	40%	3	60%	5	58% [37%]*
Nelson Jobim	FHC	2	40%	3	60%	5	
Ellen Gracie	FHC	1	33%	2	67%	3	
Gilmar Mendes	FHC	1	100%	0	0%	1	
Média geral		38% [35%]*					

* valores ajustados para excluir os ministros que participaram em menos do que 3 julgamentos: Otávio Gallotti, Néri da Silveira, Francisco Rezek e Gilmar Mendes.

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Tabela 4.6: Posição dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2003 e dez. 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por contrárias ou favoráveis ao interesse dos governos Lula.

Ministro	Presidente que o nomeou para o STF	Votos com relação aos interesses dos governos Lula				Total de julgamentos em que participou	Média de votos favoráveis por grupo de ministros
		Favoráveis		Contrários			
Néri da Silveira	Figueiredo	1	100%	0	0%	1	71% [63%]*
Sepúlveda Pertence	Sarney	11	69%	5	31%	16	
Celso de Mello	Sarney	25	68%	12	32%	37	
Marco Aurélio	Collor	11	26%	31	74%	42	
Carlos Velloso	Collor	4	50%	4	50%	8	
Maurício Corrêa	Itamar	1	100%	0	0%	1	
Nelson Jobim	FHC	10	77%	3	23%	13	
Ellen Gracie	FHC	31	82%	7	18%	38	
Gilmar Mendes	FHC	26	70%	11	30%	37	
Carlos Ayres Britto	Lula	24	57%	18	43%	42	71% [72%]*
Cezar Peluso	Lula	28	70%	12	30%	40	
Joaquim Barbosa	Lula	27	73%	10	27%	37	
Eros Grau	Lula	29	76%	9	24%	38	
Cármem Lúcia	Lula	20	71%	8	29%	28	
Ricardo Lewandowski	Lula	20	67%	10	33%	30	
Menezes Direito	Lula	9	90%	1	10%	10	
Dias Toffoli	Lula	2	67%	1	33%	3	
Média geral		71% [68%]*					

* valores ajustados para excluir os ministros que participaram em menos do que 5 julgamentos: Néri da Silveira, Maurício Corrêa e Dias Toffoli

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Para as ações da amostra julgadas durante o fim do segundo governo FHC (2001 e 2002, $n = 5$), a taxa²⁰³ de ações julgadas favoravelmente ao governo se mostrou levemente maior entre os ministros nomeados pelo governo FHC, sendo de 37%, ante uma média de 34% de votos favoráveis entre aqueles ministros que haviam sido nomeados por governos anteriores. Entretanto, diante de uma amostra tão pequena de apenas cinco ações, não nos parece possível extrair grandes conclusões destes números.

Já para os governos Lula (de 2003 a 2010) a amostra é substancialmente maior ($n = 42$ casos). Neste caso, podemos fazer afirmações mais contundentes para indicar que a proporção média²⁰⁴ de votos favoráveis aos interesses do governo dos ministros nomeados durante os mandatos do presidente Lula, de 72%, mostrou-se suficientemente próxima da taxa média de apoio dos ministros nomeados em governos anteriores (com votos favoráveis em 63% dos casos), para refutar as hipóteses H1a e H1b. Isto porque, se os ministros tendessem a se posicionar consistentemente a favor dos interesses do presidente que os nomeou ao cargo (H1a), deveriam se destacar de forma mais contundente das decisões dos demais ministros. Neste aspecto, o fato dos ministros que não foram nomeados pelo presidente Lula também votarem de forma altamente favorável a seus interesses (em 63% dos casos), refuta de forma categórica a hipótese H1b.

É surpreendente notar que, dentre os integrantes do STF, quem foi mais consistentemente favorável aos interesses do governo Lula foi, curiosamente, a ministra Ellen Gracie, nomeada no ano 2000 pelo ex-presidente FHC. Ellen Gracie contrariou os interesses do governo Lula em apenas sete dos 38 casos em que participou do julgamento (18%).

De outro extremo, o ministro Marco Aurélio foi ponto fora da média, contrariando os interesses do governo em 31 casos (74% dos que participou). Além dele, o mais "rebelde" foi o ministro Carlos Ayres Britto, que embora nomeado por Lula em 2003, decidiu contrariando-o em 18 dos 42 dos casos julgados no período

²⁰³ Valores ajustados, excluídos os ministros que participaram em menos do que 3 julgamentos: Otávio Gallotti, Néri da Silveira, Francisco Rezek e Gilmar Mendes.

²⁰⁴ Valores ajustados, excluídos os ministros que participaram em menos do que 5 julgamentos: Néri da Silveira, Maurício Corrêa e Dias Toffoli.

(43%). Como se pode ver na tabela adiante, alguns dos ministros nomeados pelo ex-presidente FHC estiveram entre os mais favoráveis ao ex-presidente Lula:

Tabela 4.7: Ranking dos ministros nas ações levadas a julgamento no STF entre jan. 2003 e dez. 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificados do menos favorável ao mais favorável aos interesses dos governos Lula

Ranking	Ministro	Presidente que o nomeou para o STF	Votos favoráveis ao ex-pres. Lula (%)	Total de julgamentos em que participou
1	Marco Aurélio	Collor	26%	42
2	Carlos Ayres Britto	Lula	57%	42
3	Ricardo Lewandowski	Lula	67%	30
4	Celso de Mello	Sarney	68%	37
5	Sepúlveda Pertence	Sarney	69%	16
6	Gilmar Mendes	FHC	70%	37
7	Cezar Peluso	Lula	70%	40
8	Cármem Lúcia	Lula	71%	28
9	Joaquim Barbosa	Lula	73%	37
10	Eros Grau	Lula	76%	38
11	Nelson Jobim	FHC	77%	13
12	Ellen Gracie	FHC	82%	38
13	Menezes Direito	Lula	90%	10

** valores ajustados para excluir os ministros que participaram em menos do que 5 julgamentos: Néri da Silveira, Maurício Corrêa e Dias Toffoli*

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Portanto, embora com uma pequena vantagem no montante global, a análise individual dos ministros não parece demonstrar a existência de uma relação consistente entre o ministro ter sido nomeado por um determinado presidente e sua fidelidade aos interesses daquele governo, de tal forma que consideramos H1 refutada.

Premissa 2: Estudos estratégicos apontam que os ministros estariam interessados na construção de sua imagem pública e, para isso, precisam descolar sua imagem da do presidente que os nomeou. Já tendo alcançado o maior ponto da carreira e não havendo mais incentivos para "fazer política", já não têm nenhum especial vínculo ou ganho em favorecer governos. Ao contrário, o maior ganho seria em "dourar" a biografia construindo uma imagem pública de independência, desvinculada de cor partidária.

Para tanto, seria primordial contrariar, em algum momento, o interesse do governo do presidente que os tenha nomeado com o objetivo de sinalizar uma posição de independência. Desta forma, os ministros teriam a tendência de votar de forma contrária ao interesse do governo em ao menos uma ocasião significativa (SHAPIRO, 1981). Esta hipótese pode corroborar a tese de Diana Kapiszewski (2011) de que as cortes constitucionais realizam um balanço tático (*tactical balance*), alternando de modo estratégico momentos de apoio com momentos de oposição aos interesses do governo, com o objetivo de fortalecer sua posição de imparcialidade e independência com relação aos atores políticos.

Nessa formulação, a hipótese é a seguinte:

- **H2:** Ministros tendem a votar **significativamente contra** os interesses dos governos que os nomearam.

Para testar esta hipótese, consideramos significativo um quantitativo de 25%, isto é, que o ministro tenha manifestado votos contrários aos interesses do governo que o nomeou em pelo menos um em cada quatro processos em que tenha atuado. Isto porque, em uma amostra que busca representar as ações que tenham tido especial relevância para o governo – a ponto levar seu Advogado-Geral à tribuna para sensibilizar e buscar apoio dos julgadores –, negar tal apoio em um quarto dos

casos nos parece significativo para sinalizar publicamente uma posição contrária e atingir os objetivos da premissa, de os ministros buscam marcar posição como independentes com relação aos governos que os nomearam.

Desta forma, elaboramos a tabela a seguir, com as ações julgadas nos governos Lula (2003-2010) que tiveram votos contrários a seus interesses (omitidas as 17 ações sem votos contrários), com a indicação do voto de cada ministro (“X” para contrário, “O” para favorável) e o percentual de votos contrários, ao final:

Tabela 4.8: Ministros nomeados nos governos Lula e as ações nas quais votaram contra os interesses do governo que os nomeou.

Processo	Ministros	Carlos Ayres Britto	Cezar Peluso	Joaquim Barbosa	Eros Grau	Cármem Lúcia	Ricardo Lewandowski	Menezes Direito	Dias Toffoli
ADI 3068		X	O	O					
ADI 3334		X	X	X	X				
ADI 3273		X	O	X					
ADI 3289		X	O	O	O				
ADI MC 3540		X							
ADI 3340		O	X	O	O				
ADI 3573		X	X	X	O				
ADI 3453		X	X	X	X	X	X		
ADI 3599		X	X	X		X	X		
ADI MC 2135		O	O	X	O		X		
ADI 3104		X	O	O		O	O	O	
ADI MC 3964		X	X		O	X	O		
ADI MC 4048		X	O	O	X	X	O	O	
ADI 3510		O	X	O	X	O	X	X	
ADPF 144		X	O	X	O	O	O	O	
ADI 3772		X	X	X	X	X	X		
ADI 3999		O	O	O	X	O	O	O	
ADI MC 4167		O	O	O	O	O	X	O	
ADI 3934		X	O	O	O	O	O		
ADPF 46		X	O	O	O	O	X		
ADPF MC 167		O	X	O	X	O	O		
ADI 875, 1987 e 2727		X	X	X	X	X	X		X
ADPF 153		X	O		O	O	X		
ADC 16		O	X	X	X	X	X		
ADI MC 2356		X	X	O	O	X	O		O
Percentual contra:		43%	30%	27%	24%	29%	33%	10%	33%

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Neste aspecto, apenas os ministros Eros Grau e Menezes Direito não atingiram o patamar de 25% que estabelecemos como quantidade significativa de oposição, com 24% e 10% de votos contrários, respectivamente. A média dos ministros nomeados pelos governos Lula foi de 28% de votos contrários.

De fato, os dados colhidos parecem consistentes com a hipótese H2. Mesmo para a pequena amostra do período FHC (apenas 2 anos, com 5 casos), os ministros Nelson Jobim e Ellen Gracie votaram de forma contrária aos interesses do governo FHC em 3/5 e 2/3 dos processos, respectivamente.²⁰⁵ Desta forma, se as primeiras hipóteses demonstraram que não há relação direta entre a nomeação de um ministro e a certeza de fidelidade para atender os interesses do governo nos julgamentos do STF, o teste desta hipótese parece demonstrar o oposto, que haveria uma tendência de contrariar, ao menos uma vez, a vontade do governo em ações de seu especial interesse, manifestada pela sustentação-oral do AGU.

Premissa 3: Para tratar das decisões que vão contra o resultado desejado pelo governo, verifica-se a validade da proposição de Lawrence Baum (2006) e Barry Friedman (2009) de que cortes constitucionais tenderiam a contrariar os interesses do governo apenas quando há suporte popular para as ações dos ministros. Para este fim, utilizamos pesquisas de popularidade do governo no momento da decisão para mensurar se o maior volume de decisões contrárias ocorreria em momentos de piores índices de aprovação do titular do Poder Executivo.

Ademais, estudos atribuindo um comportamento estratégico (EPSTEIN e KNIGHT, 1998; TAYLOR, 2007, p. 244) apontam que, embora com as garantias de independência da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade) e do judiciário (orçamento), os ministros têm a percepção de que não devem contrariar os governos porque podem sofrer retaliações, seja por alterações legislativas ou por reformas no judiciário, como o *court packing*, seja com a desmoralização, caso um governo decida ignorar alguma decisão do tribunal (FRIEDMAN, 2005, WHITTINGTON, 2000; BAUM 2003). Assim, nas decisões da Corte haveria

²⁰⁵ Por conta do baixo número da amostra (n = 5), faz pouco sentido quantificar os votos em percentual neste teste.

novamente um "*balanço tático*", evitando contrariar o governo sistematicamente, mas sim escolhendo, cuidadosamente, quando fazê-lo (KAPISZEWSKI, 2011).

A hipótese foi formulada com a seguinte redação:

- **H3:** Quando ministros se posicionam **contra** os interesses do governo em exercício, é mais provável que o façam quando a aprovação do governo esteja em seus níveis mais baixos.

Para este teste foram utilizados os dados da primeira base, indicando-se a proporção de decisões de procedência e os índices de reprovação/rejeição dos governos FHC e Lula, respectivamente, extraídos das pesquisas publicadas pelo Datafolha em dezembro de 2002 e dezembro de 2010.

A "taxa de procedência" foi obtida pela divisão entre o número de ações julgadas procedentes em um ano determinado (de 1995 a 2010), divididas pelo total de ações ajuizadas naquele ano.

Como os índices de rejeição dos governos foram mensurados de forma variável ao longo dos anos (com medidas trimestrais na maioria dos anos não eleitorais e com mensurações mensais em anos eleitorais), foram calculados os valores médios para a obtenção de um índice anual. Também foram indicados os valores máximo e mínimo atingidos em cada ano.

Tabela 4.9: Taxa de decisões procedentes do STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade contra legislação federal julgadas no STF de 1995 a 2010, em comparação com índices de rejeição dos governos medidas pelo Datafolha:

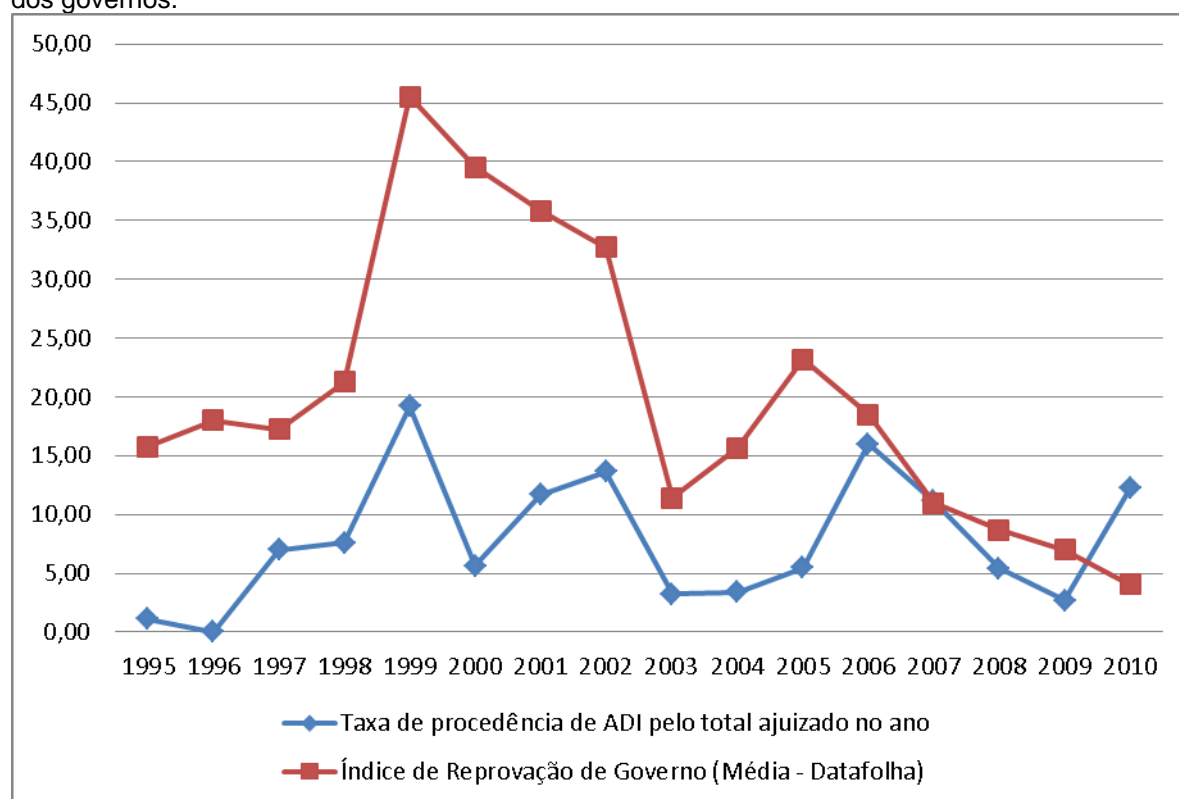
Ano	Taxa de procedência de ADI pelo total ajuizado no ano %	Índices de rejeição de Governo (Média - Datafolha) %	Índices de rejeição de Governo (Máxima - Datafolha) %	Índices de rejeição de Governo (Mínima - Datafolha) %
1995	1,10	15,75	17	15
1996	0,00	18,00	25	12
1997	7,00	17,25	20	15
1998	7,61	21,25	25	17
1999	19,18	45,50	56	36
2000	5,61	39,50	43	35
2001	11,67	35,80	42	30

2002	13,64	32,71	36	26
2003	3,23	11,40	15	10
2004	3,41	15,67	17	13
2005	5,49	23,17	28	15
2006	16,00	18,47	23	14
2007	11,11	11,00	15	4
2008	5,43	8,67	11	7
2009	2,70	7,00	8	6
2010	12,24	4,06	5	3

Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF e com base nos índices de aprovação/rejeição de governos publicados pelo Datafolha (2002 e 2010).

Os dados podem ser mais facilmente visualizados quando sobrepostos graficamente, como podemos ver abaixo, em que os sentidos da taxa de decisões procedentes (em azul) parece acompanhar o desenho dos índices médios de rejeição anual dos governos FHC e Lula (em vermelho):

Gráfico 4.6: Taxa de procedência das ações de controle abstrato de constitucionalidade relativas a legislação federal julgadas no STF entre 1995 e 2010 em comparação com o índice médio de rejeição dos governos.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF e com base nos índices de aprovação/rejeição de governos publicados pelo Datafolha (2002 e 2010).

Finalmente, para testar a validade descritiva dos dados da tabela 4.8, calculamos o coeficiente de correlação de Pearson, alcançando correlação positiva e significativa entre a taxa de procedência e o índice de rejeição dos governos:

Tabela 4.10: Cálculo de r (Pearson) indicando o índice de correlação entre a taxa de decisões procedentes do STF (base 1, 1995 a 2010), em comparação com índices de rejeição dos governos medidas pelo Datafolha:

	Índice de rejeição de governo (médio - Datafolha)	Índice de rejeição de governo (máximo - Datafolha)	Índice de rejeição de governo (mínimo - Datafolha)
FHC e LULA	0,45352847	0,476724569	0,389688412
FHC	0,773125226	0,461634879	0,402061353
LULA	0,466657257	0,512388789	0,395372426

Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF e com base nos índices de aprovação/rejeição de governos publicados pelo Datafolha (2002 e 2010).

O r (Pearson) aplicado à média do índice de rejeição dos governos FHC indicou uma forte²⁰⁶ correlação com os índices de procedência das ações de controle abstrato de constitucionalidade sobre questões federais julgadas no STF

²⁰⁶ Como testes de estatística descritiva não são usuais em teses jurídicas tomamos a liberdade de explicar com maiores detalhes o significado dos números da tabela. O coeficiente de correlação de Pearson é obtido através de uma fórmula matemática que mede o grau da correlação entre duas variáveis de escala métrica, indicando, em um resultado que varia de -1 a $+1$, se as variáveis comparadas tem correlação, isto é, guardam uma identidade de grandeza e proporção entre si. Se as duas variáveis apresentam correlação perfeita positiva, o número obtido será “1”. Se a correlação for perfeitamente negativa (isto é, uma variável decresce em proporção inversa, com o aumento de outra), o r de Pearson será “-1”. No intervalo entre “1” e “-1”, aos valores obtidos na correlação de Pearson atribuem-se os seguintes sentidos:

- Acima de 0.9, uma correlação **muito forte**.
- 0.7 a 0.9 indicam uma correlação **forte**.
- 0.5 a 0.7 uma correlação **moderada**.
- 0.3 a 0.5 uma correlação **fraca**.
- 0 a 0.3 quando se trata de uma correlação **desprezível**, ou, dito de outro modo, pode-se afirmar que não há correlação entre as variáveis.

entre 1995 e 2002. Já para os anos dos governos Lula (2003 a 2010), a correlação se mostrou fraca, assim como também no período completo (1995 a 2010). Entretanto, utilizando-se os dados máximos anuais dos índices de rejeição mensurados nos governos Lula, a correlação entre estas e as decisões do STF tornou-se moderada.

Desta forma, pode-se assumir que a hipótese H3 é parcialmente válida, sendo viável relacionar a taxa de procedência de ações no STF aos índices de rejeição dos governos, de forma contundente nos governos FHC (1995-2002) e de forma moderada nos governos Lula (2003-2010).

É importante destacar que a existência de algum nível de correlação não significa necessariamente que as variáveis mensuradas tenham relação de causa e efeito – pois ambas podem ser causadas por uma terceira variável, externa ao teste realizado. Assim, ainda que os dados tenham demonstrado que os níveis de rejeição dos governos guardam relação com a taxa de procedência de ações no STF, não podemos concluir logicamente que uma seja causa ou consequência da outra.

Entretanto, a partir dos dados obtidos um leque de novas questões se descortina, revelando uma agenda de pesquisa em potencial: afinal, o que ocorre no STF quando governos estão com altos índices de rejeição? Ao aumentar o volume de ações julgadas procedentes em período de baixa popularidade do governo, o STF estaria buscando se posicionar publicamente de forma contrária ao governo impopular? Ou, ao contrário, em épocas de grande impopularidade, o Congresso Nacional teria mais força para aprovar leis contrárias aos interesses do governo e este contaria com o auxílio do STF para invalidá-las?

Enfim, há ainda um vasto campo a ser explorado na coleta de dados e no desenvolvimento de hipóteses e comparações em busca dos mecanismos que descrevem as relações entre o STF e os governos, desvelando novos horizontes das relações entre as instituições da República brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Tout ce qui est intéressant ce passe dans l'ombre...
On ne sait rien de la véritable histoire des hommes.*
Louis Ferdinand Céline

(Tudo o que é interessante se passa na sombra...
Não sabemos nada da verdadeira história dos Homens)

Confira, tudo que respira... conspira.
Paulo Leminski

As duas frases (que constaram de forma um tanto enigmática na epígrafe deste trabalho) merecem alcançar agora um sentido mais claro. A proposta desta tese foi descrever mecanismos das relações entre o Supremo Tribunal Federal e os governos. Na medida do possível, pretendeu-se desvelar, tirar da sombra, revelar o não dito (e o não escrito) das relações entre as cúpulas do Poder Judiciário e dos Poderes Legislativo e Executivo federais. *In extremis*, tratou-se das relações de poder em uma jovem democracia, buscando dados que pudessem contribuir na compreensão de mecanismos sobre como o STF se relaciona com o interesse dos governos.

De início, foram apresentadas criticamente as funções que a literatura atribui às cortes constitucionais em estados democráticos. Defendeu-se que rotular cortes constitucionais como ativistas, ou ainda mensurar níveis de judicialização da política, pouco acrescenta nos estudos da relação entre governos e o STF. Isto porque, ao concentrar atenções nos dados dos julgamentos de forma dissociada do comportamento de outros atores políticos, faltam elementos para reconstituir os passos que influíram na tomada de decisões. Os conceitos de “ativismo judicial” e “judicialização da política” induzem pontos de vista dicotômicos que não são hábeis para ultrapassar uma concepção rígida de separação de poderes. Tais categorias pouco ou nada contribuem para descrever de forma consistente o comportamento do tribunal com relação aos governos federais e são insuficientes para identificar as relações estratégicas que permeiam o exercício do controle de constitucionalidade.

Desta forma, o papel das cortes constitucionais em regimes democráticos não parece mensurável de forma autônoma. É necessário contextualizar as cortes, tratando-as como inseridas no regime das forças que disputam o poder político, dentro do jogo democrático.

Em sua augusta posição de árbitro de múltiplos conflitos – que envolvem desde disputas paroquiais que alcançam a Corte pela via recursal a intrincados litígios entre os Poderes da República e os Estados da Federação – o STF é ao mesmo tempo tribunal do cotidiano e fiador da democracia. Neste aspecto, é essencial compreendê-lo como parte integrante do sistema político, inserido tanto nos usos que atores políticos fazem das ações de controle concentrado de constitucionalidade, quanto na função legitimadora de suporte que a Corte e seus ministros podem fornecer aos governos que lhe demandam apoio.

Ao descartar os rótulos utilizados para categorizar – e demonizar – as decisões do STF e seus ministros, empreendemos uma ampla revisão da literatura sobre alguns modelos de análise do comportamento judicial – atitudinal, estratégico e histórico-institucional.

Realizando as adequações necessárias, adotou-se o modelo estratégico para descrever o comportamento do STF como ator político fundamental na estabilidade do sistema constitucional brasileiro. Tal modelo teórico prescreve que o STF atuaria de forma estratégica para atingir seus objetivos, levando em conta as posições e interesses dos demais atores institucionais. No plano de suas decisões, tal comportamento estratégico levaria o STF a alternar entre o suporte e a contrariedade ao governo, de modo a não se mostrar absolutamente independente ou tampouco integralmente favorável aos interesses político-partidários. E isso ocorre também no nível individual, nos votos de cada ministro.

É o que pudemos confirmar nos testes empíricos: os dados selecionados demonstraram haver uma convergência entre os interesses dos governos e as decisões do STF. Entretanto, a convergência não é absoluta, ocorrendo decisões contrárias a interesses dos governos com certa regularidade (aproximadamente, um em cada três casos). Com os testes realizados, foi possível verificar que a Corte leva em consideração os interesses do governo em exercício no momento da decisão, independentemente de qual tenha sido a origem política da indicação dos ministros

integrantes da corte. Ainda, pode-se aferir uma correlação positiva de moderada a forte entre os índices de rejeição dos governos e o número de ações de controle concentrado procedentes na Corte.

Esses testes, aliado ao modelo teórico do comportamento estratégico do STF, permitiram lançar um olhar estruturado sobre o tribunal para pensar suas decisões a partir das relações entre a Corte e os atores políticos, observando, em especial, os constrangimentos institucionais potenciais por parte dos Poderes Legislativo e Executivo sobre o STF e sobre os ministros entre si. Consequentemente, um ministro dificilmente se sentirá inteiramente livre para decidir um caso seguindo sua opinião sincera, eis que precisa antecipar os movimentos dos demais atores envolvidos para maximizar que o resultado se dê no ponto mais próximo de seu ideal.

Dito de outro modo, a independência para a Corte não é um dado posto, mas sim uma realidade construída e negociada no cotidiano das relações com outros poderes. Desta forma, ao invés de simples expectador do jogo político, o STF é ativo na criação e manutenção de sua independência, realizando verdadeiro balanço tático entre decisões que contrariam e decisões que dão suporte aos governos.

Para realizar com sucesso tal estratégia, foram essenciais as modificações em torno da imagem pública do STF nas últimas décadas. As relações do STF com o público geral, especialmente por meio da ampla exposição na mídia e dos efeitos advindos deste incremento de popularidade, têm um efeito importante sobre o resultado de suas decisões e, por via reflexa, no aumento de sua independência com relação aos governos. Tal frente de pesquisa ainda é incipiente, mas parece promissora.

Finalmente, conclui-se propondo que o STF seja compreendido como um instrumento institucional de estabilização política, manobrando de forma habilidosa entre ondas governistas e oposicionistas com vistas a manter seu *status* de ator imparcial. Para o bom desempenho de seu papel, o STF tende a alternar entre o enfrentamento e o suporte às decisões de governo. De outra forma, o STF age estrategicamente, dosando as medidas e o grau em que desagrade governos – e tem obtido sucesso em fazê-lo de forma a não perder prestígio. Prestígio, talvez, seja sua maior fonte de independência.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. Faculty Scholarship Series. Paper 149. **Yale Law Journal**, v. 93, p. 1013-1016, 1984. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/149>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré/FAPESP/EDUC, 1997.
- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2016.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil**. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (org.). The judicialization of politics in Latin America. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- ARAÚJO, Washington. STF: Arena de egos incandescentes e de donos da verdade. **Revista Carta Maior** [online], 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.cartamaior.com.br/?/Opinioao/STF-Arena-de-egos-incandescentes-e-de-donos-da-verdade/30364>. Acesso em: 14 dez. 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://search.proquest.com/docview/1542594878?OpenUrlRefId=info:xri/sid:summon&accountid=11091>>. Acesso em 15 fev. 2016.
- ARROW, Kenneth J. **Social choice and individual values**. 2. ed. New York: John Wiley and Sons, 1963
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, v. 15, p. 69-94, Dec. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton S. Decisions and Nondecisions: An Analytical Framework. **The American Political Science Review**, v. 57, n. 3, sep., 1963, p. 632-642. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1952568>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. 2. ed.. Brasília: Senado Federal.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jun. 2012. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 (Uma breve e acidentada história de Sucesso)** In: _____. Temas de Direito Constitucional. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr/jun 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)**. n. 23, set/nov. 2010. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BAUM, Lawrence. **Recruitment and the Motivations of Supreme Court Justices**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (ed.). Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

BAUM, Lawrence. **C. Herman Pritchett: Innovator with an Ambiguous Legacy**. In: MAVEETY, Nancy (ed.). The Pioneers of Judicial Behavior. Michigan: The University of Michigan Press, 2003.

BAUM, Lawrence. **Judges and their Audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11 ed. Washington: CQ Press, 2013.

BEZERRA DA SILVA, José. **Meu bom juiz**. [FAIXA] Composição de Beto sem Braço e Serginho Meriti. Fonograma do álbum "Alô Malandragem, Maloca o Flagrante" da RCA/BMG Brasil, 1986.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, [1962] 1986.

BORGES, Fernanda Silva; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo espetáculo: Aproximações sobre as imagens públicas do STF. **Mediações: Revista de Ciências Sociais**. Universidade Estadual de Londrina. v. 21, n. 1, 2016. [no prelo]. Disponível em breve em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes>.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002**. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10461.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BRASIL. **Ação Direta 3510**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, debates em sessão plenária sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), 2008.

BRASIL. **Estatísticas do STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>. Acesso em: 30 jan. 2016.

BRASIL. **RISTF. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRASIL. **Relatório de Atividades de 2015**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2015.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRINKS, Daniel M. **"Faithful Servants of the Regime": The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution**. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (ed.). Courts in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2011.

BRUGGER, Andrey da Silva. **Devido processo legislativo e o Supremo Tribunal Federal como "veto player": análise crítica sobre o cenário institucional brasileiro e a busca por parâmetros de atuação do Judiciário em relação aos atos do Poder Legislativo**. Trabalho apresentado no 5º Seminário Nacional de Sociologia e Política. Curitiba, UFPR, 2014.

BUCCI, Eugênio. **O Estado de Narciso: A comunicação pública a serviço da vaidade particular**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BURBANK, Stephen B. What Do We Mean by "Judicial Independence"? **Faculty Scholarship Paper**, v. 948. University of Pennsylvania Law School, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/948>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. **Reconsidering Judicial Independence**. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. (ed.) Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach. Thousand Oaks: Sage, 2002. Disponível em:

<<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry; GOLDBERG, Deborah. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. (ed.) **Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach**. Thousand Oaks: Sage, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BURKE, Peter. **A Fabricação do Rei: A construção da imagem pública de Luís XIV**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **Autoritarismo, direito e juristas: Análise dos discursos jurídicos na revista de direito administrativo (1964-1968)**. Anais do IX encontro da ABCP. Brasília, DF. 4 a 7 ago. 2014. Disponível em: <www.encontroabcp2014.cienciapolitica.org.br/resources/anais/14/1403739189_ARQUIVO_ABCP-.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CAMARGO, Fernando Santos de. **Judiciário e Federalismo: O Supremo Tribunal Federal nos conflitos entre União e Estados**. 102f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

CAMBRIDGE. **Advanced Learner's Dictionary**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: O império dos homens sobre o direito**. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARDOSO, Antônio Pessoa. O Conselho Constitucional Francês. **Migalhas**, 6 de março de 2006. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI21710,31047-O+Conselho+Constitucional+Frances>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 28, p. 161-179. Nov. 2007. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782007000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 out. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, Lisboa, n. 191, v. 44, p. 315-335, abr. 2009. Disponível em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1244540513N8dQF1dd5Da71UX0.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207. jan/abr. 2010. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222010000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; GOMES NETO, José Mário Wanderley. OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 69-98, Jun. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322014000100004>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Rev. direito GV**. 2010, v. 6, n. 2, p. 399-422. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200003>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 13-27. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100003>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política: Recife, Pernambuco, 04 a 07 de agosto de 2010. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_22_18_4.pd>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Data Venia, O Supremo - O Supremo, quousque tandem? **Piauí**, v. 4, nº 48, p. 34-41, 2010. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-48/questoes-juridicas/o-supremo-quousque-tandem>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A evolução da jurisdição constitucional na França. Observatório Constitucional, **Revista Consultor Jurídico** [online], 15 de junho de 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, jul.1997. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CHAER, Márcio. Joaquim Barbosa briga com Eros Grau por causa de HC. **Revista Consultor Jurídico** [online], 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-15/joaquim_barbosa_briga_eros_grau_causa_hc>. Acesso em: 28 nov. 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloisa Fernandes. (Des)Ordem constitucional: Engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**, v. 95, p. 259-288, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-6445259-288/95>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CLAYTON, Cornell W. **Edward S. Corwin as Public Scholar**. In: MAVEETY, Nancy (ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. Michigan: The University of Michigan Press, 2003.

CLAYTON, Cornell W. **The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (ed.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. **Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (ed.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

CLINTON, Robert Lowry. Game Theory, Legal History and the Origins of Judicial Review: A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison. **American Journal of Political Science**, n. 38, v. 2, 1994, p. 285-302. Disponível em: <<http://doi.org.proxy.library.georgetown.edu/10.2307/2111405>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs**. Anais do 7º. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 2010. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF> Acesso em: 4 set. 2015.

COSTA, Emília Viotti da. **STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62. Jan. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **Faculty Scholarship Series**. Paper 2704. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2704>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CRUZ, Valdo; MOTTA, Severino. STF não pode se converter em uma 'corte bolivariana', defende Gilmar. Entrevista do ministro do STF Gilmar Mendes, **Folha de São Paulo**, 03 nov. 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1542317-o-stf-nao-pode-se-converter-em-uma-corte-bolivariana.shtml>. Acesso em 01 fev. 2016.

DA ROS, Luciano. **Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo**

Tribunal Federal no Brasil (1988-2007). Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, v. 6. 1957. Disponível em: <http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Readings/Dahl_1957.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DATAFOLHA. **FHC encerra mandato com reprovação maior do que aprovação.** Opinião Pública, 15 de dezembro de 2002. <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2002/12/1222326-fhc-encerra-mandato-com-reprovacao-maior-do-que-aprovacao.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

DATAFOLHA. **Acima das expectativas, Lula encerra mandato com melhor avaliação da história.** Opinião Pública, 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/12/1211078-acima-das-expectativas-lula-encerra-mandato-com-melhor-avaliacao-da-historia.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

DAVIS, Sue. **Alpheus Thomas Mason: Piercing the Judicial Veil.** In: MAVEETY, Nancy (ed.). The Pioneers of Judicial Behavior. Michigan: The University of Michigan Press, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2013.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Ecaroline Pessoa de. Análise do impacto das decisões dos tribunais superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde de 2009. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 58, p. 83-107, 2013. Disponível em: <[doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34866](http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34866)>. Acesso em: 31 abr. 2016.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002, p. 1403-1416. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2135&context=journal_articles>. Acesso em: 03 fev. 2016.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** São Paulo: UNESP Editora, 2009.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 69, p. 123-146, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000400006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 fev. 2016.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: causas políticas e causas jurídicas nas décadas de 1990 e 2000. **Contexto internacional**, v. 29, n. 1, p. 39-62, jun. 2007. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292007000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 fev. 2016.

ENGELMANN, Fabiano. Tradition and diversification in the uses and definitions of the law: a proposed analysis. **Brazilian Political Science Review**, v. 1, n. 1, p. 53-70. Disponível em: <www.bpsr.org.br/index.php/bpsr/article/view/57/49>. Acesso em: 20 fev. 2016.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Márcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. **Revista de Sociologia Política**, v. 21, n. 45, p. 57-72, mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100006>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

EPSTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 273-291, ago. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200017>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: Congressional Quarterly Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (ed.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

EUA. **The Constitution of the United States of America as amended**. Washington: United States Government Printing Office, 2007. Disponível em <www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

FALCÃO, Márcio. Alteração no julgamento de políticos pode acelerar fim de foro, diz Barroso. **Folha de S. Paulo**, 29 de maio de 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1461945-alteracao-no-julgamento-de-politicos-pode-acelerar-fim-de-foro-diz-barroso.shtml>. Acesso em: 14 dez. 2015.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, jul/ago. 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

FRANKLIN, Charles H. **Behavioral Factors Affecting Judicial Independence**. In: FRIEDMAN, Barry; BURBANK, Stephen B. (ed.) *Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach* Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

FRIEDMAN, Barry E. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, fev. 1993, p. 577-682. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

FRIEDMAN, Barry E. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, n. 2, maio 1998. Disponível em: <www.nyulawreview.org/issues/volume-73-number-2/history->

countermajoritarian-difficulty-part-one-road-judicial-supremacy>. Acesso em: 25 jan. 2016.

FRIEDMAN, Barry E. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. **Yale Law Journal**, v. 112, n. 2, 2002, p. 153-259. Disponível em: <<http://doi.org.proxy.library.georgetown.edu/10.2307/1562239>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

FRIEDMAN, Barry E. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n.2, p. 257-337. 2005. Disponível em: <<http://search.proquest.com/docview/203772451?accountid=11091>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

FRIEDMAN, Barry E. **The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

FRIEDMAN, Barry E.; BURBANK, Stephen B. **Reconsidering Judicial Independence** In: FRIEDMAN, Barry E.; BURBANK, Stephen B. (ed.) *Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

FURMANN, Ivan. O STF e o regime militar de 1964. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3076, 3 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20557>>. Acesso em: 13 dez. 2015

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee. On the Nature of Supreme Court Decision Making. 86 **American Political Science Review** p. 323-337, 1992. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/onnature.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 43, n. 171, p. 91-105, jul./set. 2006. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 140p. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i3.42513>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. **Studies in American Political Development** v. 7, n. 35, 1993. Disponível

em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/518>. Acesso em: 17 jan. 2016.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1263. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1410728>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Conjuntor Jurídico**, 23 jul. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 07 fev. 2016.

HALL, Peter A; TAYLOR, Rosemary C. R. La Science Politique et les trois néo-institutionnalismes. **Revue Française Science Politique**, v. 47, n. 3, jun/ago. 1997, p. 469-496. Disponível em: <www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1997_num_47_3_395192>. Acesso em: 20 fev. 2016.

HAMILTON, Alexander. Federalist No. 78. **The Federalist Papers**, 1961, [1797]. Disponível em <www.constitution.org/fed/federa78.htm>. Consulta em: 10 dez. 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James **The Federalist Papers**, 1961, [1797]. Disponível em <www.constitution.org/fed>. Consulta em: 10 dez. 2015.

HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. **American Political Science Review** vol. 96, nº 2, p. 291-303, 2002. Disponível em: <http://www.rochester.edu/College/faculty/ghelmke/papers/Helmke_APSR.pdf>. Acesso em 7 nov. 2015.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004a.

HIRSCHL, Ran. 'Juristocracy': Political, not Juridical. **The Good Society**, v. 13, n. 3, 2004b, p. 6-11.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n.2, 2006, p. 721-754. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951610>. Acesso em: 19 fev. 2016.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, v. 10, p. 460-61, 1897. Disponível em: <www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.

IMMERGUT, Ellen. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suécia e na Suíça. **RBCS**, n. 30, 1996, pp. 139-165. Trad. Vera Pereira. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_13.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

KAGAN, Robert A. **A consequential Court: The U.S. Supreme Court in the Twentieth Century**. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert. Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective. New York: Cambridge University Press, 2013.

KAHAN, Dan M. Foreword: Neutral principles, motivated cognition, and some problems for constitutional law. **Harvard Law Review** n. 125, v. 1, 2011, p. 1-77.

Disponível em: <www.jstor.org.proxy.library.georgetown.edu/stable/41306722>. Acesso em: 21 jan. 2016.

KAHN, Ronald. Supreme Court as a (Counter) Majoritarian Institution: Misperceptions of the Warren, Burger, and Rehnquist Courts. **The Detroit College of Law Review**, n. 1, 1994, p. 1-60. Disponível em: <<http://proxy.library.georgetown.edu/www.lexisnexis.com>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KAPISZEWSKI, Diana. La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, ano 7, n. 1, jul. 2006. Disponível em: <dspace.palermo.edu:8443/dspace/handle/10226/298>. Acesso em 10 ago. 2015.

KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal**. In: COUSO, Javier A. et al. (org). Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2010.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law and Society Review**. v. 45, n. 2, 471–506, jun. 2011. Disponível em: <<http://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2011.00437.x>>. Acesso em 16 jan. 2016.

KAPISZEWSKI, Diana. **High courts and economic governance in Argentina and Brazil**. New York: Cambridge University Press, 2012.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. Monografia (especialização) em Direito Público. São Paulo: SBDP, 2010. Disponível em: <www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=164>. Acesso em: 12 ago. 2015.

KLARMAN, Michael J. **Brown V. Board of Education and the Civil Rights Movement**. Cary: Oxford University Press, 2007.

KLARMAN, Michael J. **Courts, Social Change, and Political Backlash**. Philip A. Hart Memorial Lecture. Paper 2. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006>. Acesso em: 25 Jan. 2016.

KORNHAUSER, Lewis A. **Is Judicial Independence a Useful Concept?** In: FRIEDMAN, Barry; BURBANK, Stephen B. (ed.) Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach. Thousand Oaks: Sage, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004

KUNDA, Ziva; SINCLAIR, Lisa. Motivated Reasoning with Stereotypes: Activation, Application, and Inhibition. **Psychological Inquiry**, v. 10, n. 1. p. 12–22, 1999. Disponível em: <www.jstor.org.proxy.library.georgetown.edu/stable/1449518>. Acesso em: 21 jan. 2016.

LATOUR, Bruno. **La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'État**. Paris: La Découverte, 2004.

LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade Estratégica e Instituições. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 129-148, Jun. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 Jan. 2016.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. Set 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 29 jan. 2016.

LIMA, Daniela; DIAS, Mariana. **Padilha diz que Temer consultará PMDB sobre impeachment**. Folha de S. Paulo. 07 dez. 2015. Poder. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1716100-padilha-diz-que-temer-consultara-pmdb-sobre-impeachment.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas**. Trad. Maria Lucia Machado. 4. reimpr. São Paulo: Cia das letras, 1989.

LOBO, Judá Leão; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A imprensa do Segundo Reinado no processo político-constitucional: força moral e opinião pública. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 59, n. 1, p. 179-206, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v59i1.36384>> Acesso em: 14 out. 2015.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, nov. 2009. Disponível em: <www.academia.edu/3983687/O_debate_entre_Kelsen_e_Schmitt_sobre_o_guardião_o_da_Constituição>. Acesso em: 01 fev. 2016.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. Constituindo a constituição: entre paradoxos, razões e resultados. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, Dez. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/58125/56590>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>. Acesso em: 14 fev. 2016.

MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Strategic Considerations and Vote Fluidity on the Burger Court. 90 **American Political Science Review**. p. 581-592, 1996. Disponível em: <<http://home.gwu.edu/~forrest/fmfluidityapsr.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

MANZANO, Gabriel. Suprema Corte Americana é um mundo secreto e a brasileira é um reality-show. **O Estado de S. Paulo**, 19 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/der/noticias/geral,suprema-corte-americana-e-um-mundo-secreto-e-a-brasileira-e-um-reality-show,1065703>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

MARCHETTI, Vítor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p.422-450. Nov. 2009. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/op/v15n2/06.pdf>. Acesso em: 11.01.2012.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Competências constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro**. In: Octavio Campos Fischer; Scheila Barbosa dos Santos. (org.). *Federalismo fiscal e democracia*. 1 ed.Curitiba: Instituto Memória, 2014.

MARSHAL, Thomas. **Public opinion and the Rehnquist court**. Albany: State University of New York Press, 2008.

MARSIGLIA, Ivan. **Supremos Poderes: Entrevista de Oscar Vilhena Vieira**. Estado de São Paulo, 05 ago. 2012. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,supremos-poderes-imp-,911434>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

MAVEETY, Nancy. **The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science**. In: MAVEETY, Nancy (ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. Michigan: The University of Michigan Press, 2003.

McGRANERY, James P. **US Attorney General Amicus Curiae Brief for Brown v. Bd. of Education** Dez. 1952. Disponível em: <[www-rohan.sdsu.edu/~jputman/410b/amicusbriefbrownvboard.htm](http://www.rohan.sdsu.edu/~jputman/410b/amicusbriefbrownvboard.htm)>. Acesso em 4 ago. 2015.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido**, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência do STF, em 23 abr. 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 219f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 1º de fevereiro de 2010a, Tendências/Debates. p. 3. Disponível em: Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em 22 set. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Sessão de leitura no STF. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 05 de outubro de 2010b. Tendências/Debates, p. 3. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0510201007.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. O dono da bola. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 03 de fevereiro de 2015. Tendências/Debates, p. 3. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/opiniaofz030220151584274-conrado-hubner-mendes-o-dono-da-bola.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. Entre a transparência e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 11 de maio de 2009. Tendências/Debates, p. 3. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MIRANDA, Lilian; CAMPOS, Rosana Teresa Onocko. Balizamentos éticos para o trabalho em saúde mental: uma leitura psicanalítica. **Rev. latinoam. psicopatol. Fundam.** São Paulo, v. 16, n. 1, p. 100-115, mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-47142013000100008>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? the Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. **American Political Science Review**, v. 87, n. 1, 1993, p. 87-101. Disponível em: <<http://doi.org/10.2307/2938958>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 82, p. 97-106, nov. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000300005>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estudos CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, Nov. 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000300001>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF**. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 265-328. Disponível em: <www.desafiojuridico.com.br/artigos/54/a_influencia_da_opiniaofz030220151584274-conrado-hubner-mendes-o-dono-da-bola.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição Democrática: Uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Pol.**, n. 22, jun. 2004, p. 101-118. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000100009>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de (org). **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012a. Disponível em: <www.academia.edu/3461925/Justiça_em_Foco_Estudos_Empíricos_Org_1_ed_Rio_de_Janeiro_Editora_FGV_2012_v_1_207p>. Acesso em: 24 jan. 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas". **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, Nov.

2012b. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000400011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jan. 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: Do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012c.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Supremo Tribunal Federal: A dimensionalidade da votação**. Anais do 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8988&Itemid=456>. Acesso em: 04 mar. 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Dados**, v. 48, n. 3, p. 559-587, Set. 2005. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000300004&lng=en&tlng=en>. Acesso em: 06 fev. 2016.

PACHECO, Cristina C. Os estudos sobre judiciário e política no Brasil pós 1988: uma revisão da literatura. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 75-86, jan./jun. 2008. Disponível em: <hp.unifor.br/pdfs_notitia/2518.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 258f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, set./dez. 2015, p.103-136. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/42346/26942>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, n. 7, vol. 4, 2013, p. 85-121. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/7503/6366>. Acesso em: 26 jan. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. **The Law and Development Review**, v. 3, n. 2, p. 41-77. Disponível em: <www.academia.edu/236214/The_Persistence_of_Formalism_Towards_a_Situated_Critique_beyond_the_Classic_Separation_of_Powers>. Acesso em: 15 jan. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes: para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROHDE, David W. Policy Goals and Opinion Coalitions in the Supreme Court, **Midwest Journal of Political Science** 16, 1972, 208-224. Disponível em: <<http://www.jstor.org.proxy.library.georgetown.edu/stable/2110056>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. **A Judicialização da política como meio de participação democrática – Uma abordagem teórica para a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira**. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ROOT, Damon. **Overruled: The long war for control of the US Supreme Court**. New York: Palgrave Macmillan, 2014.

RUBIN, Edward L. **Independence as a Governance Mechanism**. In: FRIEDMAN, Bary; BURBANK, Stephen B. (ed.) *Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach* Thousand Oaks: Sage Publications, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

RUSSEL, Peter H. **Toward a General Theory of Judicial Independence**. In: _____; O'BRIEN, David M. (ed.) *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives around the world*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2001.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure**. In: FRIEDMAN, Bary; BURBANK, Stephen B. (ed.) *Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage, 2002. Disponível em: <<http://catalog.library.georgetown.edu/record=b5221509~S4>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

SCHUBERT, Glendon. **The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963**. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

SEDESKY, Matt. **Justice questions way court nominees are grilled**. Hosted news, Associated Press. 14 maio 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/BRMfki>>. Acesso em 01 fev. 2016.

SEGAL, Jeffrey A. **Supreme Court Deference to Congress**. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (ed.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO, Martin. **Courts: a comparative and political analysis**. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo**. p. 3321-3341. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, jun. 2008. Disponível em:

<www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo Civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da. **Vinculação de decisões do STF: Aspectos normativos, institucionais e culturais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). São Paulo: Universidade de São Paulo. 2014.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro; Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

STEINMO, Sven. **What is Historical Institutionalism?** In: PORTA, Donatella Della; KEATING, Michael (ed.) *Approaches in the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <<http://spot.colorado.edu/~steinmo/HI.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2016.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lênio. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Consultor Jurídico**, 7 jan. 2016. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 06 fev. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 5, 1987, p. 873–919. Disponível em: <<http://doi.org/10.2307/1122721>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (org.). **The global expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew Macleod. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229–257, jan. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

TAYLOR, Matthew Macleod. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew Macleod; DA ROS, Luciano. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229–257, jan. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

TAYLOR, Matthew Macleod; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, v. 51, n. 4, p. 825-864. ago. 2008. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/218/21817687002.pdf>>. Acesso em Acesso em: 15 jun. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jun. 2012. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em 03 fev. 2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. Comentários sobre a abordagem neoinstitucionalista. **Revista Salamanca**, n. 01, p. 17-26, jun. 2002.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; CAMARGO, Fernando Santos de. Análise comparativa dos modelos de repartição de competências legislativas nos estados federados. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 51, p. 73-100, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v51i0.30686>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO Neto, Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 7-11, Mar. 2013. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 Jan. 2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL Filho, Ilton Norberto. **Empirical legal research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF**. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves. (org.) Direito e experiências jurídicas: debates práticos, v. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; CAMARGO, Fernando Santos de. **Os Tribunais Constitucionais no processo decisório/legislativo: o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal)**. Trabalho apresentado no IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), Brasília, 2014.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL Filho, Ilton Norberto; DOS SANTOS-PINTO, Rafael. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a criação do Processo Judicial Eletrônico (Pje): Metodologia para a pesquisa comparada sobre a eficiência do Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 2, p. 97-114, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.42005>>. Acesso em 15 maio 2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL Filho, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) estaduais na federação brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, v. 12, n. 5, p. 87-110, 2015. ISSN 2358-1352. Disponível em: <www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/350>. Acesso em: 31 abr. 2016.

TROPER, Michel. **Le pouvoir Judiciaire et la Démocratie**. European Journal of Legal Studies (EJLS) v. 1 n. 2. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www.ejls.eu/2/32FR.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

UCHOA, Sofia Rocha; HOLANDA, Yasmim Fernanda de Lima; ARAÚJO, Alan Duarte; CORREIA, Daniel Camurça. **As fronteiras do bem e do mal: Análise psicojurídica dos personagens da trilogia do cavaleiro das trevas**. Trabalho apresentado na X Semana de Iniciação Científica da Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza-CE, 19 de novembro de 2014. Disponível em: <www.fa7.edu.br:8081/ic2014/09-11-2014_19222755.docx>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ULMER, S. Sidney. Toward a Theory of Sub-group Formation in the United States Supreme Court. **Journal of Politics**, Southern Political Science Association, v. 27, n. 1, 1965 p. 133-152. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2128004>>. Acesso em 30 jan. 2016.

UNAH, Isaac; HANCOCK, Ange-Marie. Supreme Court Decision Making, Case Salience, and the Attitudinal Model. **Law & Policy**, v. 28, n. 3, p. 295-320, jul. 2006. Disponível em: <www.unc.edu/~iunah/Case_Salience_and_the_Attitudinal-Model.pdf> e <<http://ssrn.com/abstract=905995>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 01 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 08 ago. 2015.

VERISSIMO. Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo. p. 407-440. jul./dez. 2008 Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>. Acesso em 20 set. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, Nov. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

VIANNA, Luís Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. O pontificado laico e a república. **O Estado de São Paulo**, Opinião, 03 jan. 2016. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/o-pontificado-laico-e-a-republica>. Acesso em: 06 fev. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, n. 21, p. 70-77, maio 1994. Disponível em: <www.usp.br/revistausp/21/SUMARIO-21.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**. v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Quando Menos é Mais: O problema do Supremo não é trabalhar pouco. **Consultor jurídico**. 20 abr. 2010. Disponível em:

<www.conjur.com.br/2010-abr-20/problema-supremo-ministros-nao-trabalhar>. Acesso em: 30 jan. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. (org.) **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2013. Disponível em: <www.conectas.org/en/actions/justice/news/13971-supreme-courts-of-the-global-south>. Acesso em 30. jan. 2016.

VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário: O controle de decisões políticas mediante ações coletivas**. Dissertação (Mestrado em Direito), 196f. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Rev. direito GV**, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322009000100002>>. Acesso em: 12 set. 2015.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, n. 73, v. 1, 1959, p. 1–35. Disponível em: <<http://doi.org.proxy.library.georgetown.edu/10.2307/1337945>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n. 4, nov. 2005.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. **Psychology of the Supreme Court**. Cary: Oxford University Press, 2006.

ANEXO I

Tabela A: Ações de controle abstrato julgadas (definitivo e liminares) no STF de 1995 a 2010.

Resultado	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total	
FHC																		
Improcedente	73	32	49	55	39	38	87	67									440	(85%)
Procedente	7	10	12	11	16	6	8	7									77	(15%)
LULA																		
Improcedente									44	81	67	47	43	37	50	28	397	(84%)
Procedente									7	8	5	17	16	7	5	11	76	(16%)
Total																		
Improcedente																	837	(85%)
Procedente																	153	(15%)

Fonte: Elaboração própria a partir de dados organizados pelo Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/PPGD/UFPR) com base nas informações do site oficial do STF.

Gráfico A: Ações de controle abstrato julgadas (definitivo e liminares) no STF de 1995 a 2010.

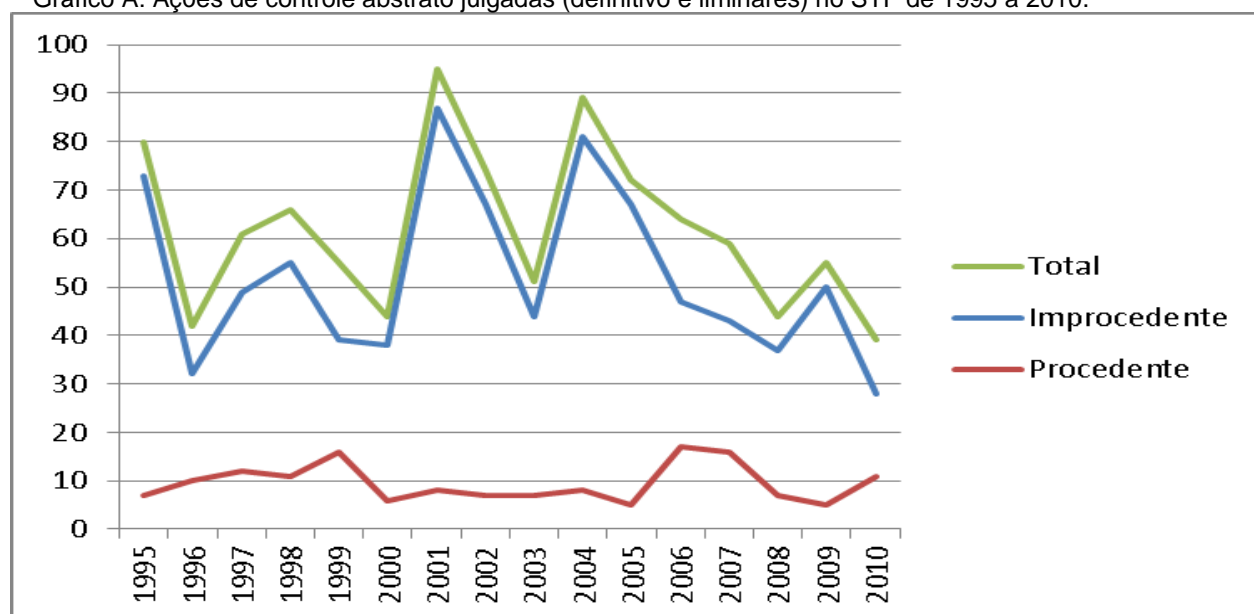


Tabela B: Ações levadas a julgamento no STF entre 2001 e 2010 que tiveram sustentação oral pelo AGU, classificadas por resultado do julgamento.

Resultado	2001	2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
FHC	1	4								5 (100%)
Improcedente		2								2 (40%)
Procedência parcial	1	1								2 (40%)
Procedente		1								1 (20%)
LULA			3	7	3	9	8	5	7	42 (100%)
Improcedente			2	6	1	5	4	4	4	26 (62%)
Procedência parcial			1	1	1	3	2	1		9 (21%)
Procedente					1	1	2		3	7 (17%)

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Tabela C: Ministros nomeados por FHC e seus votos:

Ministros indicados ao STF por FHC	Nelson Jobim	Ellen Gracie	Gilmar Mendes
	1997-2006	2000-2011	2002-
Procedência	2	6	8
Improcedência	11	26	23
Parcial proc.	3	5	4

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Tabela D: Ministros nomeados por LULA e seus votos

Ministros indicados ao STF por Lula	Carlos Ayres Britto	Cezar Peluso	Joaquim Barbosa	Eros Grau	Cármem Lúcia	Ricardo Lewandowski	Menezes Direito	Dias Toffoli
	2003-2012	2003-2012	2003-2014	2004-2010	2006-	2006-	2007-2009	2009-
Procedência	13	9	7	7	8	5	1	1
Improcedência	18	22	22	21	17	17	7	2
Parcial proc.	7	4	3	5	1	5	1	0

Fonte: Elaboração própria a partir das informações fornecidas em consulta à AGU e ao STF por meio da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

ANEXO II

- BANCO DE DADOS “ADI STF 1988 2013” (link para arquivo .csv):



ADI_STF_1988_2013
(JAN_2014).csv

- DESCRIPTIVO DOS CAMPOS/VARIÁVEIS DA BASE DE DADOS
“ADI STF 1988 2013”

(1) FONTE DE DADOS - QUANTIDADE DE ADI COLETADAS

- **Coleta de dados agosto/2012** (4.751 ADI coletadas):

Fonte: Estatísticas do STF - Módulo de Recuperação Textual do STF (acesso em 31/julho/2012 - site desativado pelo STF)

- planilhas contendo o número da ADI e a última tramitação que serviram de referência para a coleta/classificação das ADI individualmente. As planilhas estavam divididas em: a) julgadas em decisão final (procedente, procedente em parte, improcedente; não conhecida); b) julgadas em decisão liminar (deferida, deferida em parte, indeferida, prejudicada); c) aguardando julgamento.

Fonte: Acompanhamento Processual STF – “Petição Inicial”

- site - <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

- consulta/cópia/conversão de texto para planilha individualmente dos dados de cada uma das ADI através do site de consulta à “Petição Inicial” das ADI (Ex.: ADI 2368

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2368&processo=2368>)

- **Coleta de dados janeiro/2014** (260 ADI coletadas em janeiro/2014; cerca de 700 ADI anteriores a agosto/2012 com dados parcialmente atualizados para janeiro/2014; total de 5.011 ADI organizadas na base de dados):

Fonte: Estatísticas do STF - Portal de Informações Gerenciais (acesso em 30/dez/2013)

- site -

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>

- duas planilhas (“Listagem geral de decisões” e “Listagem de aguardando julgamento”) que serviram de referência para a coleta/classificação/atualização do resultado final das ADI individualmente, contendo as ADI “julgadas”/“aguardando julgamento”

com as seguintes informações: Número, Link, Data Autuação, Data Última Distribuição, Assuntos, Data Decisão, Tipo Decisão, Andamento.

>>>> OBS.: as duas planilhas possuem informações sobrepostas (879 ADI “aguardando julgamento” também estavam presente na planilha da “Listagem geral das decisões”). Além disso, as planilhas reuniam informação sobre somente 4.173 ADI. Das 909 ADI que não constam das estatísticas do STF (em 30/dez/2013), 71 não existem. Ou seja, números foram gerados sem que exista uma ADI correspondente. Em função disso, o último número de ADI é “ADI 5082”, mas existem somente 5.011 ADI na base.

Fonte: Acompanhamento Processual STF – “Petição Inicial”

- site - <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>
- consulta/cópia/conversão de texto para planilha individualmente dos dados de cada uma das 260 ADI acrescentadas à base de dados através do site de consulta à “Petição Inicial” das ADI (Ex.: ADI 2368 <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2368&processo=2368>)

Fonte: Acompanhamento Processual STF - “Andamentos”

- site - <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>
- consulta individual da tramitação cerca de 700 ADI anteriores a agosto/2012 com dados parcialmente atualizados para janeiro/2014, para atualização da base de dados, através do site de consulta à “Andamentos” das ADI (Ex.: ADI 2368 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp#>)

>>>> OBS.: Os dados do STF são parcialmente incongruentes (ou defasados) sobre a tramitação das ADI. Algumas ADI assinaladas como com “decisão final” continuam tramitando. Outras ADI com “decisão liminar” somente especificam a alteração do rito de tramitação (“Adotado rito do Art. 12, Lei 9.868/99”) e não produziram efeitos sobre a norma questionada. Sempre que possível, foi “verificado” individualmente o resultado da ADI no processo, adotando o resultado da “petição inicial” ou da “tramitação” (“estatística” STF) como resultado das ADI. Algumas decisões foram mantidas (“estatística”/“petição inicial”) sem verificação, dado que se repetiam como padrão constatado pela verificação amostral. Não foram atualizados os campos descritivos “Ementa”, “Decisão Liminar”, “Decisão Final” porque exigiria um volume de tempo não disponível no momento. Caso alguém precise dessas informações descritivas na base, será necessário coletá-las novamente para cerca de duas centenas de ADI através do site “petição inicial” e/ou “andamentos”.

(2) CAMPOS/VARIÁVEIS (CAMPOS/VARIÁVEIS DA BASE DE DADOS “ADI_STF_1988_2013”)

>>> CAMPOS/VARIÁVEIS (resultantes da coleta na “Acompanhamento Processual/Petição Inicial”)

- BASE - origem da coleta de dados (Jéssika [2012], Grupo [2012], coleta ADI [2014])

- N - número de ordem, controle (para compatibilidade das bases anteriores)
- NRO_ADI - número da ADI (STF)
- TIPO - tipo de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF) [para agregação futura de outros dados]
- ORIGEM - estado (UF) de origem da ADI
- ENTRADA NO STF - data de ingresso da ADI no STF
- RELATOR - ministro relator da ADI (primeiro ministro designado, sem as designações posteriores)
- DISTRIBUÍDO - data da distribuição da ADI ao relator

>>> CAMPOS/VARIÁVEIS (resultantes da coleta nas “Estatísticas do STF - Portal de Informações Gerenciais” [acesso em 30/dez/2013]) [colunas em AZUL]

- Fonte – planilha do STF em que foram obtidos os dados para ADI (cc_adi_decisao_30_12_2013; cc_adi_julgamento_30_12_2013)
- Seq – número de sequência na planilha original
- Número – número da ADI
- Link – link para acompanhamento processual da ADI no site do STF
- Data Autuação
- Data Última Distribuição
- Assuntos
- Em mesa/pauta
- Data Decisão/Data último andamento
- Tipo Decisão
- Andamento/Último Andamento
- Decisão_Posterior_Coleta_08_2012 – controle da existência de “decisão/andamento” posterior a jul/2012 (SIM/NÃO) [para atualização dos dados]
- Decisão_Contraditória_PetiçãoInicial_Estatísticas_STF_jan_2014 - controle da existência de incongruência entre “petição inicial/estatística 30/dez/2013” (SIM/NÃO) [para atualização dos dados]

>>> VARIÁVEIS (resultado da decisão da ADI em 30/dez/2013)

- ANO - ano de ingresso da ADI no STF (simplificação da data de ingresso)
- Contradição nas fontes STF**
- DECISÃO (DEZ_2013) – resultado simplificado em 30/dez/2013 (Final, Liminar e Aguardando Julgamento)
 - RESULTADO FINAL (DEZ_2013) - resultado do julgamento em 30/dez/2013: (1) com decisão final (procedente; procedente em parte; improcedente; não conhecida/prejudicada); (2) com liminar (deferida; deferida em parte; indeferida; prejudicado); (3) aguardando julgamento) >>> OBS.: “prejudicado”/”não conhecida” devem ser somadas juntas pela impossibilidade de

diferenciar todas as ADI que foram “negado seguimento” pela perda de objeto, pela inexistência de legitimidade dos autores.

- Resultado_simples (DEZ_2013) – resultado simplificado em 30/dez/2013: “procedente”/ ”improcedente”. Procedente: com decisão final (procedente; precedente em parte); com liminar (deferida; deferida em parte). Improcedente: com decisão final (improcedente; não conhecida/prejudicada); com liminar (indeferida; prejudicado); aguardando julgamento.

>>> VARIÁVEIS (resultado da decisão da ADI em 31/julho/2012) [mantido para comparações] **[colunas em LARANJA]**

- DECISÃO (ago_2012) - resultado simplificado em 31/julho/2012 (Final, Liminar e Aguardando Julgamento)
- RESULTADO FINAL (ago_2012) - resultado do julgamento em 31/julho/2012: (1) com decisão final (procedente; precedente em parte; improcedente; não conhecida); (2) com liminar (deferida; deferida em parte; indeferida; prejudicado); (3) aguardando julgamento)
- Resultado_simples (ago_2012) - resultado simplificado em 30/dez/2013: “procedente”/ ”improcedente”

>>> VARIÁVEIS (simplificação de variáveis para o estudo do processo decisório estadual)

- REQUERENTE SÍNTESE - descrição síntese dos requerentes (legitimados)
- reqenteasspart – indica se requerente é “associação” ou “partido” no processo decisório sobre norma estadual (“X”)
- REQUERIDO SÍNTESE - descrição síntese dos requeridos
- reqgovass - indica se requerido é “governador” e/ou “assembleia” no processo decisório sobre norma estadual (“X”)
- PARTIDO_REQENT - partido (ADI de Partidos Políticos) no processo decisório sobre norma estadual
- UF_REQENT - UF do requerente (no processo decisório sobre norma estadual)
- UF_REQIDO - UF do requerido (no processo decisório sobre norma estadual)
- TIPO_DISPOSITIVO_QUESTIONADO - tipo de norma questionada: (1) constituição/emendas; (2) leis (complementares, ordinárias, decreto-lei); (3) medidas provisórias; (4) outros (resoluções, decretos legislativos, decretos administrativos, portarias, instruções normativas, etc.)
- TIP_DISP_SIMPLES - tipo de norma questionada simplificado: lei/não
- PROCESSO DECISÓRIO - âmbito do processo decisório afetado pela ADI (federal, estadual, municipal)

- INTRA_ESTADUAL - descreve se a ADI envolve atores institucionais estaduais, como: relações de atores do mesmo estado (INTRA); de estados distintos (ENTRE); somente como requeridos
- FC_ART_61 - referência ao Art. 61 § 1º (CF – competências legislativas de iniciativa privativa do executivo) como fundamentação constitucional da ADI
- FC_ART_22 - referência ao Art. 22 (CF – competências legislativas privativas da União) como fundamentação constitucional da ADI
- FC_ART_21 - – referência ao Art. 21 (CF – competências administrativas privativas da União) como fundamentação constitucional da ADI
- H3_1 - referências às hipóteses (estudo Jéssika)
- H3_2 - referências às hipóteses (estudo Jéssika)
- H5 - referências às hipóteses (estudo Jéssika)

>>> CAMPOS/VARIÁVEIS (resultantes da coleta na “Acompanhamento Processual/Petição Inicial”)

- REQUERENTE - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI
- REQUERIDO - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI
- DISPOSITIVO LEGAL QUESTIONADO - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI
- FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI
- RESULTADO DA LIMINAR - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- DECISÃO PLENÁRIA DA LIMINAR - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- RESULTADO FINAL - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- DECISÃO FINAL - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- DATA JULGAMENTO FINAL - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- DATA PUBLICAÇÃO DECISÃO FINAL - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI [não atualizado para 30/dez/2013]
- EMENTA - descrição original do site (“petição inicial”) do STF para a ADI